المغنى

لابن قدامة

تأليف

أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزينى
الأستاذ بالأزهر

الجزء الخامس

الناشر
مكتبة القاهرة
لصاحبها : على يوسف سليمان
بشارع الصنادقية ، بميدان الأزهر بمصر
صندوق البريد ٩٤٦ بمصر

١٩٦٩ — ١٣٨٩

مطابع سجل العرب

كتاب الشركة

الشركة : هي الاجتماع في استحقاقٍ أو تصرّف . وهي ثابتة بالكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (٤ : ١٢ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) وقال الله تعالى (٣٨ : ٢٤ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ . وَقَلِيلٌ مَاهُمْ) والخلطاء : هم الشركاء . ومن السنّة : ما رُوِي « أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ . فَاشْتَرَيَا فِضَّةً بِنَقْدٍ وَنَسِيئَةٍ . فَبَلَغَ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَمَرَهُمَا أَنَّ مَا كَانَ بِنَقْدٍ فَأَجِيزُوهُ ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ » وَرُوِيَ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « يَقُولُ اللهُ : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ . فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » رواه أبو داود . ورُوِي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « يَدُ اللهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة : وإنما اختلفوا في أنواع منها نُبَيِّنُها إن شاء الله تعالى .

والشركة على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عُقود . وهذا الباب لشركة العقود . وهي أنواع خمسة : شركة العِنَانِ ، والأبْدَان ، والوُجُوه ، والمضاربة ، والمفاوضة .

ولا يصحّ شيء منها إلا من جائز التصرّف . لأنه عقدٌ على التصرّف في المال ، فلم يصحّ من غير جائز التصرّف في المال كالبيع .

٣٥٦٠ فصل

قال أحمد : يُشارِك اليهوديّ والنصرانيّ ، ولكن لا يخلو اليهوديّ والنصرانيّ بالمال دونه . ويكون هو الذي يليه . لأنه يعمل بالرّبا . وبهذا قال الحسن ، والثوريّ ، وكره الشافعيّ مشاركتهم مُطلقاً . لأنه رُوِي عن عبد الله بن عباس أنه قال « أَكْرَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِيَّ » ولا يُعْرَف له مُخالف في الصحابة . ولأنّ مال اليهوديّ والنصرانيّ ليس بِطَيِّب . فإنهم يبيعون الخمر ، ويتعاملون بالرِّبا ، فكُرِهت مُعاملتهم .

ولنا : ما رَوَى الخلال بإسناده ، عن عطاء ، قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ مُشَارَكَةِ الْيَهُودِيِّ ، وَالنَّصْرَانِيِّ ، إلا أَنْ يَكُونَ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ بِيَدِ الْمُسْلِمِ » ولأن العِلة في كراهة ما خَلَوْا به : معاملتهم بالرِّبا ، وبيع الخمر ، والخنزير ، وهذا مُنْتَفٍ فيما حضره المسْلِم ، أو وَلِيَهُ . وقول ابن

عباس محمولٌ على هذا . فإنه علّل بكونهم يُرْبُونَ[١] كذلك رواه الأثرم ، عن أبي حَمْزَةَ ، عن ابن عباس : أنه قال « لاَ تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا ، وَلاَ نَصْرَانِيًّا ، وَلاَ مَجُوسِيًّا لأنهم يُرْبُونَ . وَإِنَّ الرِّبَا لاَ يَحِلُّ » وهو قول واحد من الصحابة لم يثبُت انتشاره بينهم • وهم لا يحتجُّون به . وقولهم : إنَّ أموالهم غيرُ طَيِّبَةٍ لا يصحُّ . فإنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ، وَرَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يهودِيٍّ على شعير أخذه لأهله ، وأرسل إلى آخرَ يطلبُ منه ثوبَيْنِ إلى المَيْسَرَةِ . وأضافه يهوديٌّ بخُبْزٍ وإهَالةٍ[٢] سَنِخَةٍ ، ولا يأكلُ النبيُّ صلى الله عليه وسلم ما ليس بِطَيِّبٍ ، وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنُه حلال ، لاعتقادهم حِلَّه ، ولهذا قال عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه « وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا أَثْمَانَهَا » فأما مايشتريه ، أو يبيعه من الخمر بمال الشركة ، أو المضاربة ، فإنه يقع فاسداً . وعليه الضمانُ . لأنَّ عَقْدَ الوكيل يقع للموكِّل ، والمسلمُ لا يثبُت مِلْكه على الخمر ، والخنزير . فأشبه ما لو اشترى بِهِ مَيْتَةً ، أو عامل بالربا ، وما خفى أمره فلم يُعلم . فالأصلُ إباحته وحله ، فأما المجوسيّ : فإنَّ أحمد كره مشاركته ومعاملته ، قال : ما أحِبُّ مخالطته ومُعاملته ، لأنه يستحِلُّ ما لا يستحِلُّ هذا ، قال حنبل : قال عَمّي : لا تشاركه ، ولا تضاربه ، وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، لترك معاملته ، والكراهة لمشاركته . وإن فعل صحّ . لأن تصرُّفه صحيح .

٣٥٦١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وشركة الأبدان جائزة ﴾

معنى شركة الأبدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم . كالصنّاع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم . فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح ، كالحطب ، والحشيش ، والثمار المأخوذة من الجبال ، والمعادن ، والتلصُّص على دار الحرب ، فهذا جائز . نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم ، وليس لهم مال ، مثل الصيّادين ، والنقّالين ، والحمّالين . قد أشْرَكَ النبيّ صلى الله عليه وسلم بين عمّار ، وسعد ، وابن مسعود ، فجاء سعد بأسيرين ، ولم يجيئا بشيء ، وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة . فقال : يشتركان فيما يُصيبان من سَلَب[٣] المقتول ، لأن القاتل يختصّ به دون الغانمين . وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يصحّ في الصناعة ، ولا يصحّ في اكتساب المباح ، كالاحتشاش ، والاغتنام . لأن الشركة مقتضاها الوكالة ، ولا تصحّ الوكالة

---

(١) يربون : معناها الأصلى يزيدون : والمراد تعاملهم بالربا .

(٢) الإهالة : الشحم والسمن والزيت ونحوها ، والمراد الأدام والسنخة المتغيرة الطعم بسبب بقائها مدة طويلة «زنخة»

(٣) سلب المقتول : سلاحه ومتاعه .

فى هذه الأشياء . لأن من أخذها ملكها . وقال الشافعى : شركة الأبدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال . فلم تصح . كما لو اختلفت الصناعات .

ولنا : ما روى أبو داود ، والأثرم بإسنادهما عن أبى عُبَيْدَة بن عبد الله ، عن عبد الله قال : « اشترَكْنا أنا وَسَعْدٌ وَعَمَّارٌ يَوْمَ بَدْرٍ . فلَمْ أجىءْ أنا وَعَمَّارٌ بِشَىْءٍ ، وجاء سَعْدٌ بأسيرَيْنِ » ومثل هذا لا يخفى على رَسُولِ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، وقد أقرّهم عليه ، وقال أحمد : أشرك بينهم النبىّ صلى الله عليه وسلم .

فإن قيل : فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى . فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية : غنائم بدر كانت لرسول الله صلّى الله عليه وسلم ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء ، فيحتملُ أن يكون فعل ذلك لهذا ؟

قلنا : أما الأول : فالجواب عنه : أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يُشرّك الله تعالى بينهم ، ولهذا نُقل أن النبىّ ، صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ » فكان ذلك من قبيل المباحات ، من سبق إلى أخذ شىء فهو له ، ويجوز أن يكون شرّك بينهم فيما يُصيبونه من الأسْلاب ، والنَّفَلِ[1] ، إلاّ أنّ الأول أصحّ . لقوله : « جاء سعد بأسيرين ، ولم أجىء أنا وعمّار بشىْءٍ » .

وأما الثانى : فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيّه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا فى الغنائم . فأنزل الله تعالى (٨ : ١ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأنفالِ ؟ قُلِ الأنفالُ لِلهِ وَالرَّسُولِ » والشركة كانت قبل ذلك ، ويدلّ على صحّة هذا أنها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يَخْلُ : إمّا أن يكون قد أباحهم أخذَها ، فصارت كالمباحات ، أو لم يُبحها لهم ، فكيف يشتركون فى شىء لغيرهم ؟ وفى هذا الخبر حجّة على أبى حنيفة أيضاً . لأنهم اشتركوا فى مُباح . وفيما ليس بصناعةٍ ، وهو يمنع ذلك . ولأن العمل أحدُ جهتى المضاربة . فصحّت الشركة عليه ، كالمال ، وعلى أبى حنيفة : أنهما اشتركا فى مكسبٍ مُباح فصحّ . كما لو اشتركا فى الخياطة ، والقِصَارة[2] ولا نُسلّم أن الوكالة لا تصحّ فى المباحات ، فإنه يصحّ أن يستنيب فى تحصيلها بأجرة . فكذلك يصحّ بغير عِوَض ، إذا تبرّع أحدهما بذلك ، كالتوكيل فى بيع ماله .

٣٥٦٢ (فصـــــل)

وتصحّ شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع ، فأمّا مع اختلافها فقال أبو الخطاب : لا تصحّ .

---

(١) النفل : بفتح النون والفاء : الغنيمة .
(٢) القصارة: الصباغة .

وهو قول مالك . لأنَّ مقتضاها أنَّ ما يتقبَّله كلُّ واحدٍ منهما من العمل يلزمه، ويلزم صاحبه ، ويُطالَب به كلّ واحد منهما . فإذا تقبَّل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخرَ أن يقوم به ، فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالَب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي : تصحّ الشركة ، لأنهما اشتركا في مكسب مُباحٍ فصحّ ، كما لو اتفقت الصنائع ، ولأنّ الصنائع المتّفقة قد يكون أحد الرجلين أحذقَ فيها من الآخر ، فربّما يتقبَّل أحدهما مالا يمكن الآخرَ عملُه ، ولم يمنع ذلك صحّتَها ، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم . يلزم كلّ واحد منهما مايتقبّله صاحبه. قال القاضي: يحتمل أن لا يلزمه ذلك . لأنهما كالوكيلين، بدليل صحّتهما في المباح . ولا ضمان فيها . وإن قلنا : يلزمه أمكنه تحصيلُ ذلك بالأجرة ، أو بمن يتبرّع له بعمله ، ويدلّ على صحّة هذا : أنه لو قال أحدهما : أنا أتقبّل ، وأنت تعملُ .صحّت الشركة ، وعملُ كلّ واحد منهما غيرُ عمل صاحبه .

٣٥٦٣ (فصـــل)

وإذا قال أحدهما : أنا أتقبل ، وأنت تعمل ، والأجرة بيني وبينك صحّت الشركة . وقال زُفَر : لا تصحّ . ولا يستحقّ العاملُ المسمّى . وإنما له أجرةُ المثل .

ولنا : أن الضمان يُسْتَحَقّ به الربح ، بدليل شركة الأبدان . وتقبّل العمل يوجب الضمان على المتقبّل ، ويستحقّ به الربح . فصار كتقبّله المالَ في المضاربة . والعمل يَستحقّ به العامل الربح ، كعمل المضارِب ، فينزّل بمنزلة المضاربة .

٣٥٦٤ (فصـــل)

والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة ، أو تفاضُل لأن العمل يُستحقّ به الربح . ويجوز تفاضُلهمافي العمل . فجاز تفاضلهمافي الربح الحاصل به . ولكلٍّ واحد منهما المطالبة بالأجرة ، وللمستأجر دفعُها إلى كلّ واحد منهما ، وإلىأيّهمادفعها برىء منها . وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً . لأنهما كالوكيلين في المطالبة ، ومايتقبّله كلّ واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالَب به كلّ واحد منهما ، ويلزمه عملُه . لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ، ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حالَ الضمان . فكأنّ الشركة تضمّنت ضمان كلّ واحد منهما عن الآخر مايلزمه . وقال القاضي : يحتمل أن لا يلزم أحدهما مالزم الآخر ، لما ذكرنا من قبل ، ومايتلف بتعدّي أحدهما أو تفريطه ، أو تحت يده ، على وجه يُوجب الضمان عليه ، فذلك عليه وحدَه ، وإن أقرّ أحدهما بمافي يده قُبِل عليه وعلى شريكه . لأن اليد له ، فيقبل إقراره بما فيها ، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ، ولا بدين عليه . لأنه لا يدَ له على ذلك .

٣٥٦٥ (فصــــل)

وإن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما . قال ابن عقيل : نصّ عليه أحمد في رواية إسحاق ابن هانيء . وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان ، فيأتي أحدُهما بشيء ، ولا يأتي الآخر بشيء؟ قال : نعم ، هذا بمنزلة حديث سعد ، وابن مسعود . يعني حيث اشتركوا ، فجاء سعد بأسيرين، وأخفق الآخران . ولأن العمل مضمون عليهما معاً ، وبضمانهما له وجبت الأجرة . فيكون لهما كما كان الضمان عليهما، ويكون العامل عوناً لصاحبه في حِصَّته . ولا يمنع ذلك استحقاقه . كمن استأجر رجلاً ليقصِّر[1] له ثوباً ، فاستعان القصّار بإنسان ، فقصَّر معه . كانت الأجرة للقصار المستأجَر ، كذا ههنا ، وسواء ترك العمل لمرض ، أو غيره ، فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه ، أو يقيم مُقامه من يعمل فله ذلك . فإن امتنع فللآخر الفسخ ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يُشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه ، لأنه إنما شاركه ليعملا جميعاً . فإذا ترك أحدهما العمل فما وفّى بما شرط على نفسه ، فلم يستحقّ ما جُعل له في مقابلته . وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر . لأنه لا يمكن التحرُّز منه .

٣٥٦٦ (فصــــل)

فإن اشترك رجلان لكلّ واحد منهما دابّة ، على أن يؤجّراها ، فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صحّ . فإذا تقبّلا حَمْل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما ، ثم حملاه على البهيمين ، أو غيرهما صحّ ، والأجرة بينهما على ما شرطاه . لأن تقبلهما الحمل أثبتَ الضمان في ذمّتهما ولهما أن يحملاه بأيّ ظَهْرٍ كان ، والشركة تنعقد على الضمان ، كشركة الوجوه ؛ وإن أجّراها بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصحّ الشركة . ولكلٍّ واحد منهما أجرُ دابته . لأنه لم يجد ضمان الحمل في ذممهما . وإنما استحقّ المشترى منفعةَ البهيمة التي استأجرها . ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابّة التي اكتراها ولأن الشركة إمّا أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما ، وليس هذا بواحد منهما . فإنّه لم يثبت في ذممهما ضمانٌ ، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الأجرُ في مقابلته ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصحّ ، ولهذا لو قال : أجِّر عبدك وتكون أجرتُه بيني وبينك لم تصحّ ، كما لو قال : بع عبدك وثمنهُ بيننا لم يصحّ . ويحتمل أن تصحّ الشركة . كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل ، والنقل . كان له أجر مثله ؛ لأنّها منافع وفّاها بشُبْهة عقد .

٣٥٦٧ (فصــــل)

فإن كان لقصّار أداةٌ ولآخرَ بيتٌ ، فاشتركا على أن يعملا بأداةِ هذا في بيت هذا ،

---

(١) يصبغ له ثوبا .

والكسبُ بينهما جاز ، والأجرة على ما شرطاه . لأنّ الشركة وقعت على عملهما والعمل يُستحقّ به الربح في الشركة . والآلة والبيت لا يستحقُّ بهما شيء ، لأنهما يُستعملان في العمل المشترك . فصارا كالدابّتين اللتين أجّراهما لحمل الشيء الذي تقبّلا حمله ، وإن فسدت الشركة قسِّم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما ، وأجر الدار والآلة . وإن كانت لأحدهما آلة ، وليس للآخر شيء ، أو لأحدهما بيت ، وليس للآخر شيء ، فاتفقا على أن يعملا بالآلة ، أو في البيت ، والأجرة بينهما جاز . لما ذكرنا .

٣٥٦٨ (فصـــل)

وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين ، أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صحّ . نص عليه في رواية الأثرم ، ومحمد ابن أبي حرب ، وأحمد بن سعيد . ونقل عن الأوزاعيّ ما يدلّ على هذا ، وكره ذلك الحسن ، والنخَعِيّ . وقال الشافعيّ وَأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي : لا يصحّ ، والربح كلّه لربّ الدابّة . لأن الحمل الذي يستحقّ به العِوَض منها . وللعامل أجر مثله ، لأنّ هذا ليس من أقسام الشركة ، إلاّ أن تكون المضاربة . ولا تصحّ المضاربة بالعرُوض ، ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان . وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها ، وقال القاضي : يتخرّج أن لا يصحّ ، بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصحّ ، فعلى هذا : إن كان أجّر الدابة بعينها فالأجر لمالكها . وإن تقبّل حمل شيء فحمله عليها ، أو حمل عليها شيئاً مباحاً ، فباعه ، فالأجرة والثمن له . وعليه أجرة مثلها لمالكها .

ولنا : أنها عين تُنمّى بالعمل عليها ، فصحّ العقد عليها ببعض نمائها ، كالدراهم والدنانير ، وكالشجر في المساقاة ، والأرض في المزارعة . وقولهم : إنه ليس من أقسام الشركة ، ولا هو مضاربة . قلنا : نعم ، لكنّه يشبه المساقاة ، والمزارعة . فإنه دَفْعٌ لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها ، مع بقاء عينها . وبهذا يتبيّن أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد . فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة ، والتصرّف في رقبة المال . وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابّة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى ، أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وَجْهاً . فإنّ الإجارة يشترط لصحّتها العلم بالعِوَض ، وتقدير المدّة ، أو العمل ، ولم يوجد . ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص . فهو كسائر العقود الفاسدة ، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجهِ الذي تقدّم . وقد أشار أحمد إلى ما يدلُّ على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة . فقال : لا بأس بالثوب يُدفع بالثلث ، والربع . لحديث جابر « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أَعْطَى خَيْبَرَ عَلَى الشَّطْرِ[1] » وهذا يدلُّ على أنه قد صار في هذا ، ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة ، والمزارعة ، لا إلى المضاربة ، ولا إلى الإجارة . ونقل أبو داود عن أحمد : فيمن يُعطي فرسه على النصف من الغنيمة :

(١) الشطر : النصف

أرجو أن لا يكون به بأس . قال إسحاق بن إبراهيم : قال أبو عبد الله : إذا كان على النصف ، والربع ، فهو جائز . وبه قال الأوزاعيّ . ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ، ويكون له ثلث ذلك ، أو ربعه فجائز ، والوجه فيه . ما ذكرناه في مسألة الدابّة ، وإن دفع ثوبه إلى خيّاط ليفصّله قمصاناً يبيعها ، وله نصف ربحها بحقّ عمله جاز . نصّ عليه في رواية حرب ، وإن دفع غزْلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه ، أو ربعه جاز . نصّ عليه . ولم يُجز مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي شيئاً من ذلك . لأنه عوض مجهول ، وعمل مجهول . وقد ذكرنا وجه جوازه ، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومةً لم يجُز . نصّ عليه ، وعنه الجواز ، والصحيح الأول ، وقال أبو بكر : هذا قول قديم . وما رُوى غير هذا ، فعليه المعتمد ، قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يُدفع بالثلث ، والربع . وسُئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ، ودرهم ، ودرهمين ؟ قال : أكرهه . لأنّ هذا شيء لا يُعرف . والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً . لحديث جابر : « أنّ النبيّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسلَّمَ أَعْطَى خَيْبَرَ عَلَى الشَّطْرِ[1] » قيل لأبي عبد الله : فإن كان النسّاج لا يرضَى حتّى يُزاد على الثلث درهماً ؟ قال : فليَجْعَلْ له ثلثا ، وعُشْرى ثُلث ، ونصفَ عُشْر ، وما أشبهه ، وروى الأثرم عن ابن سيرين ، والنخَعيّ ، والزهريّ ، وأيُّوب ، ويَعْلى بن حَكِيم . أنّهم أجازوا ذلك ، وقال ابن المنذر : كره هذا كلَّه الحسنُ ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : هذا كلُّه فاسد . واختاره ابن المنذر ، وابن عقيل ، وقالوا : لو دفع شبَكةً إلى الصيّاد ليصيد بها السَّمكَ بينهما نصفين . فالصيدُ كلُّه للصيّاد . ولصاحب الشبكة أجرُ مثلها ، وقياسُ ما نقل عن أحمد : صحة الشركة . وما رزق بينهما على ما شرَطاه . لأنّها عينٌ تُنَمّى بالعمل فيها . فصحّ دفعُها ببعض نمائها ، كالأرض .

٣٥٦٩ (فصـــل)

قال ابن عقيل نهَى رَسُولُ الله صلي الله عليه وسلّم عن قَفِيزِ الطّحانِ » وهو أن يُعطى الطحّانُ أقفزةً معلومةً يطحنها بقفيزِ دقيقٍ منها ، وعلّة المنع : أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله ، فيصير الطحن مستَحَقًّا له عليه . وهذا الحديث لا نعرفه . ولا يثبت عندنا صحّته . وقياس قول أحمد : جوازُه ، لما ذكرناه عنه من المسائل .

٣٥٧٠ (فصـــل)

فإن كان لرجل دابّةٌ ولآخر إكافٌ[2] ، وجُوالَقاتٌ ، فاشتركا على أن يؤاجراها ، والأجرةُ بينهما نصفان ، فهو فاسد ، لأن هذه أعيانٌ لا يصحّ الاشتراك فيها ، كذلك في منافعها . إذ تقديره :

(١) الشطر : النصف .
(٢) الإكاف : البرذعه، ونحوهامما يوضع على ظهر الدابة والجوالقات: التي يعبأ فيها الأمتعة من الحبوب ونحوها (الشوالات)

أجِّرْ دابتك لتكون أجرتها بيننا وأؤجِّرُ جُوَالقاتى لتكونَ أجرتها بيننا ، وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة . لأنه مالك الأصل ، وللآخر أجرُ مثله على صاحب البهيمة . لأنه استوفى منافع ملكه بعقد ، هذا إذا أجّر الدابَّة بما عليها من الإكاف ، والجوالقات في عقدٍ واحدٍ . فأمَّا لو أجّر كلٌّ واحد منهما ملكه منفرداً فلكلٍّ واحدٍ منهما أجرُ ملكه . وهكذا لو قال رجل لصاحبه : أجّر عبدى، والاجرُ بيننا ، كان الأجر لصاحبه ، وللآخر أجرُ مثله ، وكذلك فى جميع الأعيان .

٣٥٧١ (فصـــل)

فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابّة ، ومن آخر راوية[1] ومن الآخر العملُ ، على أنَّ ما رزق الله تعالى فهو بينهم ، صحّ فى قياس قول أحمد . فإنه قد نصّ فى الدابَّة يدفعها إلى آخر يعملُ عليها على أنَّ لها الأجرةَ على الصحَّة . وهذا مثله . لأنه دفع دابَّته إلى آخر يعمل عليها ، والراويةُ عينٌ تُنمى بالعمل عليها ، فهى كالبهيمة ، فعلى هذا يكون مارزق الله بينهم على ما اتّفقوا عليه . وهذا قول الشافعىّ . ولأنهما وُكلاء العامل فى كسب مُباحٍ بآلةٍ دفعاها إليه . فأشبه مالو دفع إليه أرضه ليزرعها ، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكانٌ ، ومن آخر رَحىً . ومن آخر بَغْلٌ ، ومن آخر العملُ ، على أن يطحنوا بذالك . فما رزق الله تعالى فهو بينهم صحّ وكان بينهم على ما شرطوه . وقال القاضى : العقدُ فاسدٌ فى المسألتين جميعاً . وهو ظاهر قول الشافعىّ . لأن هذا لا يجوز أن يكون مُشاركةً ولا مُضاربةً ، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العُروض . ولأن من شرطهما عَوْدُ رأس المال سليماً ، بمعنى أنه لا يُستحقُّ شىء من الربح حتّى يُستوفَى رأسُ المال بكماله . والراوية ههنا تخلَق وتَنقص ، ولا إجارة . لأنّها تفتقرُ إلى مُدَّة معلومةٍ ، وأجرٍ معلوم . فتكون فاسدةً . فعلى هذا يكون الأجر كلّه فى المسألة الأولى للسَّقَّاء. لأنه لما غرف الماء فى الإناء ملَكه . فإذا باعه فثمنُه له . لأنه عوضٌ ملكه . وعليه لصاحبه أجرُ المثل لأنه استعمل ملكهما بعِوَضٍ لم يُسلَّم لهما . فكان لهما أجرالمثل ،كسائر الإجارات الفاسدة . وأما فى المسألة الثانية . فإنّهم إذا طحنوا لرجل طعاماً بأجْرة . نظرتَ فى عقد الإجارة . فإن كان من واحد منهم ، ولم يذكر أصحابه ، ولا نواهم ،فالأجر كلُّه له وعليه لأصحابه أجرُ المثل . وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كلٍّ واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم ، فقال : استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بكذا ، فالأجر بينهم أرباعاً . لأن كلَّ واحد منهم قد لزمه طحنُ رُبعه برُبع الأجْر . ويرجع كلُّ واحد منهم على أصحابه برُبع أجر مثله . وإن قال : استأجرت هذا الدُّكان والبغلَ والرَّحىَ ، وهذا الرجل بكذا . وكذا ، لطحن كذا ، وكذا،من الطعام صحّ . والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكلٍّ واحد

(١) الراوية : القربة ونحوها التى يستق بها الماء وأصلها الدابة التى يسق عليها

من المسمَّى بقدر حصته في أحد الوجهين . وفي الآخر : يكون بينهم أرباعاً ، بناءً على ما إذا تزوَّج أربعاً بمهر واحد ، أو كاتب أربعة أعبُدٍ بعوَض واحد ، هل يكون العوَض أرباعاً أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

٣٥٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اشترك بَدَنَانِ بمالِ أحدهما ، أو بَدَنانِ بمالِ غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليْهما تساوى المال أو اختلف . فكلّ ذلك جائز ﴾

ذكر أصحابنا للشركة الجائزة أربعاً . وقد ذكرنا نوعاً منها . وهو شركة الأبدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقي في خمسة أقسام . ثلاثة منها المضاربة : وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحبِ أحدهما .

وقسم منها شركة الوُجوه : وهو إذا اشترك بدنانِ بمالِ غيرهما . فقال القاضي : معنى هذا القسم : أن يدفع واحدٌ ماله إلى اثنين مُضاربَةً . فيكون المضاربان شريكين في الربح بمالِ غيرهما . لأنَّهما إذا أخذا المال بجاههما ، فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما ، وهذا محتمل . والذي قلنا : له وجه ، لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما : واخترنا هذا التفسير . لأن كلام الخِرَقيّ بهذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضي : يكون مُخِلًّا بنوعٍ منها ، وهي شركة الوجوه . ويكون هذا المذكور نوعاً من المُضاربة . ولأن الخِرَقِيَّ ذكر الشركة بين اثنين . وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي : تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخِرَقيّ .

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما . وهذه شركة العِنَانِ . وهي شركة متَّفق عليها .

فأما شركة الوجوه : فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما ، وثقةِ التجَّار بهما ، من غير أن يكون لهما رأسُ مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين ، أو ثلاثاً ، أو أرباعاً ، أو نحو ذلك . ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما . فهي جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه ، أو قدره ، أو وقْته ، أو ذكر صنف المال ، أو لم يُعيِّن شيئاً من ذلك ، بل قال : ما اشتريتَ من شيء فهو بيننا . وقال أحمد في رواية ابن منصور : في رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما ، على أن ما يشتريه كلّ واحد منهما . بينهما . فهو جائز . وبهذا قال الثوريّ ، ومحمد بن الحسين ، وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتى يذكر الوقت ، أو المال ، أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك ، والشافعيّ : يشترط ذكر شرائط الوَكالة . لأن شرائط الوكالة معتبرةٌ في ذلك من تعيِّن الجنس ، وغيره من شرائط الوكالة .

ولنا : أنهما اشتركا في الابتياع . وأذن كلٌّ واحد منهما للآخر فيه ، فصحّ . وَكان ما يتبايعانه بينهما ، كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم : إن الوكالة لا تصحّ حتى يذكر قدر الثمن ، والنوع ممنوعٌ على روايةٍ لنا . وإن سلمنا ذلك . فإنَّما يُعتبر في الوكالة المفردة . أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة ، فلا يُعتبر

فيها ذلك . بدليل المضاربة ، وشركة العنان . فإن فى ضمنها توكيلاً . ولا يعتبر فيها شىء من هذا ، كذا ههنا ، فعلى هذا إذا قال لرجل : ما اشتريتَ اليوم من شىء فهو بينى وبينك نصفان ، أو أطلق الوقت ، فقال : نعم أو قال : ما اشتريتُ أنا من شىء فهو بينى وبينك نصفان جاز . وكانت شركةً صحيحةً . لأنه أذن له فى التجارة على أن يكون المبيع بينهما . وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلاً له فى شراء نصف المتاع بنصف الثمن . فيستحق الربح فى مقابلة ملكه الحاصل فى المبيع ، سواء خصّ ذلك بنوع من المتاع ، أو أطلق ، وكذلك إذا قالا : ما اشتريناه ، أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا . فهو شركة صحيحة . وهما فى تصرفاتهما ، وما يجب لهما ، وعليهما ، وفى إقرارهما ، وخصومتهما ، وغير ذلك بمنزلة شريكى العنان ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وأيُّهما عزل صاحبه عن التصرّف انعزل . لأنّه وكيله ، وسمّيت هذه شركة الوجوه ، لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما ، والجاه ، والوجه واحدٌ ، يقال : فلان وَجيه ، إذا كان ذا جاه ، قال الله تعالى فى موسى عليه السلام (٣٣ : ٦٩ وَكَانَ عِنْدَ اللهِ وَجِيهاً) وفى بعض الآثار : أنّ موسى عليه السلام قال : يارب إن كان قد خَلَقَ[1] جاهى عندك فأسألك بحق النبىّ الأمى الذى تبعثُه فى آخر الزمان ، فأوحى الله تعالى إليه : ما خَلِقَ جاهُكَ عندى . وإنك عندى وَجيه[2] .

٣٥٧٣ (فصـــل)

القسم الثانى : أن يشترك بدنان بماليهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة . وهى شركة العِنان ، ومعناها : أن يشترك رجلان بماليهما ، على أن يعملا فيهما . بأبدانهما ، والربحُ بينهما . وهى جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر . وإنما اختلف فى بعض شروطها ، واختُلف فى علة تسميتها شركةَ العِنَان . فقيل : سمّيت بذلك . لأنّهما يتساويان فى المال ، والتصرّف ، كالفارسين إذا سوّيا بين فرسيهما ، وتساويا فى السَّيْر ، فإنّ عنانيهما يكونان سواء ، وقال الفرّاء هى مشتقّة من عنّ الشىء إذا عرَض ، يقال : عنَّتْ لى حاجةٌ إذا عرَضَتْ ، فسمّيت الشركة بذلك ، لأن كلّ واحد منهما عنّ له أن يُشارك صاحبه ، وقيل : هى مشتقّة من المعانَنة ، وهى المعارَضة . يقال : عانَنْتُ فلاناً إذا عارَضْتَهُ بمثل ماله ، وأفعاله ، فكلّ واحد من الشريكين مُعارِض لصاحبه بماله ، وفِعَاله . وهذا يرجع إلى قول الفرّاء .

٣٥٧٤ (فصـــل)

ولا خلاف فى أنه يجوز جعلُ رأس المال الدراهم ، والدنانير ، فإنّها قِيَمُ الأموال ، وأثمانُ البياعات.

(١) خلق : بلى وأصبح غير نافع للسؤال به ، كما يبلى الثوب ويخلق .

(٢) هذا أثر لم تثبت صحته .

والناسُ يشتركون بها من لَدُنْ النبيِّ صلى الله عليه وسلم إلى زَمَنِنا ، من غير نَكِير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها ، في ظاهر المذهب . نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وحرب . وحكاه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك ابن سيرين ، ويحيى بن أبي كثير ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . لأن الشركة إمّا أن تقع على أعيان العُروض ، أو قيمتها ، أو أثمانها ، لا يجوز وقوعها على أعيانها . لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال ، أو بمثله وهذه لا مثل لها ، فـيُرجع إليه . وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر ، فيستوعب بذلك جميع الربح ، أو جميع المال. وقد تنقُص قيمتُه، فيؤدّي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها ، لأنّ القيمةَ غيرُ متحقّقة القدر، فيُفضي إلى التنازُع . وقد يُقوَّم الشيء بأكثر من قيمته . ولأنّ القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه ، فيشاركه الآخرُ في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها . لأنها معدومةٌ حال العقد، ولا يملكانها. ولأنّه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به ، فقد خرج عن مكانه ، وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعُها به فإنّها تصيرُ شركةً مُعلّقة على شرط ، وهو بيعُ الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعُروض ، وتُجعل قيمتُها وقتَ العقد رأسَ المال . قال أحمد : إذا اشتركا في العُروض يُقَسّمُ الربح على ما اشترطا ، وقال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن المضاربة بالمتاع ، قال : جائزٌ ، فظاهر هذا صحّة الشركة بها ، اختار هذا أبو بكر ، وأبو الخطاب . وهو قول مالك، وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طاوس ، والأوزاعي ، وحمّاد بن أبي سُلَيمان . لأن مقصود الشركة جواز تصرُّفهما في المالين جميعاً ، وكون ربح المالين بينهما ، وهذا يحصُل في العروض ، كحصوله في الأثمان . فيجب أن تصح الشركة ، والمضاربة بها ، كالأثمان ، ويرجع كلٌّ واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد ، كما أنّنا جعلنا نصابَ زكاتها قيمتَها . وقال الشافعي : إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب ، والأدهان ، جازت الشركة بها ، في أحد الوجهين . لأنّها من ذوات الأمثال . أشبهت النقودَ ويرجع عند المفاصلة بمثلها . وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجُز وجهاً واحداً ، لأنّه لا يمكن الرجوع بمثلها .

ولنا : أنه نوع شركة ، فاستوى فيها ماله مثلٌ من العُروض ، وما لا مثل له ، كالمضاربة . وقد سلّم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ، ولأنّها ليست بنقد ، فلم تصحّ الشركة بها ، كالذي لا مثل له .

٣٥٧٥ (فصل)

والحكم في النُّقْرة[1] كالحكم في العُروض . لأنّ قيمتها تزيدُ ، وتنقُص وهي كالعروض .

---

(١) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة

وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان ، قلّ الغِشُّ أو كثر . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : إن كان الغشُّ أقلّ من النصف جاز ، وإن كثر لم يجز . لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول .

ولنا : أنها مغشوشةٌ ، فأشبه ما لو كان الغِشّ أكثر . ولأنّ قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت العروض . وقولهم : الاعتبار بالغالب . ليس بصحيح . فإن الفِضَّة إذا كانت أقلّ لم يسقُط حكمها في الزكاة . وكذلك الذهب . اللهمّ إلا أن يكون الغشُّ قليلاً جداً لمصلحة النقد ، كيسير الفِضّة في الدينار ، مثل الحَبّة ونحوها ، فلا اعتبار به . لأنّه لا يمكن التحرُّز منه ، ولا يؤثّر في الربا ، ولا في غيره .

٣٥٧٦ (فصـــــل)

ولا تصح الشركة بالفلوس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وابن القاسم صاحب مالك . ويتخرّج الجواز إذا كانت نافقةً[1] . فإن أحمد قال : لا أرى السَّلَمَ في الفُلوسِ . لأنّه يُشبه الصَّرْفَ ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وأبي ثور ، لأنها ثمن ، فجازت الشركة بها ، كالدراهم والدنانير ، ويحتمل جواز الشركة بها على كلّ حال ، نافقةً كانت ، أو غير نافقة ، بناءً على جواز الشركة بالعُروض .

ووجه الأول . أنها تَنفَقُ مرّةً ، وتكسَدُ أخرى . فأشبهت العُروض . فإذا قلنا بصحّة الشركة فيها ، فإنها إن كانت نافقةً كان رأس المال مثلَها . وإن كانت كاسدةً كانت قيمتُها كالعُروض .

٣٥٧٧ (فصـــل)

ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ، ولا جِزافاً . لأنّه لا بدّ من الرجوع به عند المفاصلة ، ولا يمكن مع الجهل ، والجِزَاف . ولا يجوز بمال غائب ، ولا دين ، لأنه لا يمكن التصرّف فيه في الحال ، وهو مقصود الشركة .

٣٥٧٨ (فصـــل)

ولا يشترط لصحّتها اتفاق المالين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم ، والآخر دنانير ، نصّ عليه أحمد . وبه قال الحسن ، وابن سيرين . وقال الشافعيّ : لا تصحّ الشركة إلاّ أن يتفقا في مالٍ واحدٍ ، بناءً على أن خلط المالين شرط . ولا يمكن إلا في المال الواحد . ونحن لا نشترط ذلك ، ولأنهما من جنس الأثمان فصحّت الشركة فيهما ، كالجنس الواحد ، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه ، ثم اقتسما الفضلَ . نصّ عليه أحمد . فقال : يرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه . وقال :

(١) نافقة : رائجة جارية في الأسواق

كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضى : إذا أرادا المفاصلة قوّما المتاع بنقدِ البلدَ ، وقوّما مالَ الآخرَ به . ويكون التقويم حين صَرَفا الثمن فيه .

ولنا : أن هذه شركة صحيحة ، رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال ، كما لو كان الجنس واحدا .

٣٥٧٩ (فصــل)

ولا يشترط تساوى المالين فى القدر . وبه قال الحسن ، والشعبى ، والنخعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال بعض أصحاب الشافعى : يشترط ذلك .

ولنا : أنهما مالان من جنس الأثمان . فجاز عقد الشركة عليهما ، كما لو تساويا .

٣٥٨٠ (فصــل)

ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناهما ، وأحضراهما . وبهذا قال أبوحنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه ، بأن يجعلاه فى حانوت لهما ، أو فى يد وكيلهما . وقال الشافعى : لا يصح حتى يخلطا المالين . لأنهما إذا لم يخلطاهما فمالُ كلّ واحد منهما يتلفَ منه دون صاحبه . أو يزيد له دون صاحبه ، فلم تنعقد الشركة ، كما لو كان من المكيل .

ولنا : أنه عقد يُقصد به الربحُ ، فلم يُشترط فيه خَلط المال ، كالمضاربة . ولأنه عقد على التصرّف ، فلم يكن من شرطه الخلط ، كالوكالة ، وعلى مالك : فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه ، كالوكالة ، وقولهم : إنه يتلف من مال صاحبه ، أو يزيد على مِلك صاحبه ، ممنوع ، بل ما يتلف من مالهما وزيادتهُ لهما . لأنّ الشركة اقتضت ثبوت الملك لكلّ واحد منهما فى نصف مال صاحبه ، فيكون تلفه منهما، وزيادته لهما . وقال أبو حنيفة : متى تلف أحدُ المالين فهو من ضمان صاحبه .

ولنا : أن الوَضيعة ، والضمان أحدُ موجَبَى الشركة ، فتعلّق بالشريكين ، كالربح ، وكما لو اختلطا .

(فصــل)

٣٥٨١ ومتى وقعت الشركة فاسدةً . فانّهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كلّ واحد منهما على الآخر بأجر عمله . نصّ عليه أحمد فى المضاربة . واختاره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن المسمىّ يسقُط فى العقد الفاسد ، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيعَ فى يد المشترى ، إلا أن يكون مال كلّ واحد منهما مميزّاً وربحه معلوماً . فيكون له ربح ماله ، ولو ربح فى جزء منه ربحاً متميزّاً . وباقيه مختلط ، كان له ما تميزّ من ربح ماله ، وله بحصّته باقى ماله من الربح واختار الشريف أبو جعفر أنّهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ، ولا يستحقّ أحدهما على الآخر أجر عمله ، وأجراها مجرى الصحيحة فى جميع أحكامها . قال : لأن أحمد قال : إذا اشتركا فى العرُوض قسّم الربح على ما اشترطاه . واحتجّ بأنه

عقد يصح مع الجهالة . فيثبت المسمّى فى فاسده ، كالنكاح . والمذهبُ الأول ، قاله القاضى ، وكلام أحمد محمول على الرواية الأخرى فى تصحيح المضاربة بالعروض . لأن الأصل كون ربح مال كلّ واحد لمالكه . لأنه نماؤه . وإنّما تُرك ذلك بالعقد الصحيح . فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقى الحكم على مقتضى الأصل ، كما أن البيع إذا كان فاسداً لم يُنقل ملك كلّ واحد من المتبايعين عن ماله .

٣٥٨٢ (فصـــل)

وشركة العنان مبنيّة على الوكالة ، والأمانة . لأنّ كلّ واحد منهما بدَفْع المال إلى صاحبه أمِنَهُ ، وبإذْنِهِ له فى التصرّف وَكَّلَهُ ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كلّ واحد منها لصاحبه فى التصرّف . فإن أذن له مطلقا فى جميع التجّارات تصرّف فيها . وإن عيّن له جنسا ، أو نوعا ، أو بلداً تصرّف فيه دون غيره . لأنه متصرّف بالإذن ، فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكلّ واحد منهما أن يبيع ، ويشترىَ مُساومةً ، ومرَابحةً ، وتَوْليةً ، ومُواضَعَةً ، وكيف رأى المصلحةَ . لأنّ هذا عادةُ التجّار . وله أن يقبض المبيع ، والثمن ، ويقبضهما ، ويُخاصم فى الدَّيْنِ ، ويُطالب به ، ويُحيل ، ويَحْتالَ ، ويرُدَّ بالعيب فيما وَلِيَه هو ، وفيما وِلِىَ صاحبهُ ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجّر . لأن المنافع أجْرِيَتْ مُجرَى الأعيان ، فصار كالشّراء ، والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما ، وعليهما . لأن حقوق العقد لا تختصّ العاقد .

٣٥٨٣ (فصـــل)

وليس له أن يكاتِب الرقيق ، ولايُعتق على مال ، ولا غيره ، ولايزوّج الرقيق . لأنّ الشركة تنعقد على التجارة . وليست هذه لأنواع تجارةً سيّما تزويج العبد . فانّه محضُ ضرَرٍ ، وليس لهأن يُقرض ، ولا يُحابىَ . لأنه تبرّع وليس له التبرّع ، وليس له أن يُشارك بمال الشركة ، ولا يدفعه مُضاربةً . لأنّ ذلك يُثبِت فى المال حقوقاً ، ويُستحقّ ربحه لغيره . وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ، ولا مال غيره . لأنه يتضمّن إيجاب حقوق فى المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . ولا يأخذ بالمال سُفْتَجَةً[1] ، ولا يُعطى به سُفْتَجَةً . لأنّ فى ذلك خطراً لم يُؤذن فيه . وليس له أن يستدين على مال الشركة . فان فعل فذلك له ربْحه وعليه وضيعَتُهُ ، قال أحمد فى رواية صالح ، فيمن استدان فى المال بوَجْهه ألفاً : فهو له ، وربحه له ، والوضيعةُ عليه ، وقال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما ، وربحهُ لهما . لأنه تمليك مالٍ بمالٍ ، فهو كالصرف . ونصّ أحمد يخالف هذا . ولأنه أدخل فى الشركة أكثر مما رضى الشريكُ بالمشاركة فيه ، فلم يجُز ، كما لو ضمّ إليها ألفاً من ماله . ويُفارق الصرف . لأنه بيع ، وإبدالعين بعين ، فهو كبيع الثياب بالدراهم . وليس له أن يقرّ على مال الشركة . فإن فعل لزم فى حقّه دون صاحبه ، سواء أقرّ بعين أودين .

(١) السفتجة : صك يعطاه صاحب مال فى بلد آخر لشخص سلمه ماله فى بلده ليستوفى فى البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق

لأن شريكه إنما أذن فى التجارة ، وليس الإقرار داخلاً فيها ، وإن أقرّ بعيب فى عين باعها قبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكّله بالعيب ، نصّ عليه أحمد . وكذلك إن أقرّ ببقيّة ثمن البيع ، أو بجميعه ، أو بأجر للمنادى ، أو الحمّال ، وأشباه هذا ينبغى أن يُقبل . لأنّ هذا من توابع التجارة ، فكان له ذلك كتسليم المبيع ، وأداء ثمنه ، وإن رُدّت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها . وله أن يُعطىَ أرشَ العيب ، أو يحُطّ من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه ، لأجل العيب . لأن ذلك قد يكون أحظّ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء ، أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم فى حقّه . وبطل فى حقّ شريكه . لأنه تبرّع ، والتبرّع يجوز فى حقّ نفسه دون شريكه . وإن كان لهما دين حالّ فأخّر أحدُهما حصّته من الدين جاز . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا : أنه أسقط حقّه من المطالبة ، فصحّ أن ينفرد أحدهما به ، كالابراء .

٣٥٨٤ (فصــل)

وهل لأحدهما أن يبيع نَساء ؟ يخرّج على روايتين ، بناءً على الوكيل ، والمضارب . وسنذكر ذلك . وإن اشترى نَساء بنقد عنده مثلهُ ، أو نقدٍ من غير جنسه ، أو اشترى بشىء من ذوات الأمثال وعنده مثلهُ جاز . لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدّى مّما فى يديه . فلا يُفضى إلى الزيادة فى الشركة . وإن لم يكن فى يده نقد ، ولا مثلىّ من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عَرْض ، فاستدان عَرْضاً ، فالشراء له خاصّةً ، وربحهُ له ، وضمانه عليه . لأنه استدانه على مال الشركة . وليس له ذلك على ما أسلفناه . والأولى : أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز ، لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة . فأشبه مالو كان عنده نقد . ولأن هذا عادة التجّار ، ولا يمكن التحرّز منه ، وهل لهأن يُبضع أو يُودِع ؟ على روايتين .

إحداهما : له ذلك . لأنه عادةُ التجّار . وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع .

والثانية : لا يجوز . لأنه ليس من الشركة وفيه غرر . والصحيح : أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه . لأنه من ضرورة الشركة . أشبه دفع المتاع إلى الحمّال ، وفى التوكيل فيما يتولّى مثله بنفسه وجهان ، بناءً على الوكيل . وقيل : يجوز للشريك التوكيل ، بخلاف الوكيل . لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد ، مثل العقد ، والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخصّ منه ، ودونه . لأن التوكيل أخصّ من عقد الشركة ، فإن وكّل أحدهما مَلَكَ الآخرُ عزلَه . لأن لكلّ واحد منهما التصرّف فى حقّ صاحبه بالتوكيل ، فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذى عليهما ، أو يرهن بالدين الذى لهما ؟ على وجهين .

أصحهما : أن له ذلك عند الحاجة . لأنّ الرهن يُراد للايفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء . وهو يملك الإيفاء ، والإستيفاء ، فملك مايراد لهما .

والثانى : ليس له ذلك . لأن فيه خطراً . ولا فرق بين أن يكون ممّن ولى العقد ، أو من غيره . لكون القبض من حقوق العقد ، وحقوق العقد لا تختصّ العاقد ، فكذلك ما يُراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان . نذكرهما فى المضاربة ، فأما الإقالة فالأولى : أنه يملكها . لأنّها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع . وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالردّ بالعيب ، وإذا رأى المصلحة فيه . فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظّ فيه . فإنه قد يشترى ما يرى أنه قد غُبن فيه . ويحتمل أن لا يملكها ، إذا قلنا : هو فسخ ، لأنّ الفسخ ليس من التجارة ، وإن قال له : اعمل برأيك جاز له أن يعمل كلّ ما يقع فى التجارة : من الإبضاع ، والمضاربة بالمال ، والمشاركة به ، وخلطه بماله ، والسفر به ، والإيداع ، والبيع نَساءً ، والرهن ، والارتهان ، والإقالة ، ونحو ذلك . لأنه فوّض إليه الرأى فى التصرّف الذى تقتضيه الشركة ، فجاز له كلّ ماهو من التجارة ، فأما ما كان تمليكاً بغير عِوَض كالهبة والحطيطة لغير فائدة . والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله . لأنه إنما فوّض إليه العمل برأيه فى التجارة . وليس هذا منها .

٣٥٨٥ (فصـــل)

وإن أخذ أحدهما مالا مضاربةً ، فربحه له ، ووضيعتُه عليه ، دون صاحبه . لأنه يستحقّ ذلك فى مقابلة عمله ، وليس ذلك من المال الذى اشتركا فيـه ، وقد قال أصحابنا فى المضاربة : إذا ضارب لرجل آخرَ ردّ ماحصل من الربح فى شركة الأول ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فيجىء ههنا مثله .

٣٥٨٦ (فصـــل)

والشركة من العقود الجائزة . تبطُل بموت أحد الشريكين ، وجنونه ، والحجر عليه للسفه ، وبالفسخ من أحدهما . لأنّها عقدٌ جائز . فبطلت بذلك ، كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول ، فلم يكن له أن يتصرّف إلافى قدر نصيبه . وللعازل التصرّف فى الجميع. لأن المعزول لم يرجع عن إذنه، هذا إذا كان المال ناضًّا[1] وإن كان عَرْضاً فذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد : أنه لاينعزل بالعزل ، وله التصرّف حتّى ينضّ المالُ ، كالمضارب إذا عزله ربُّ المال . وينبغى أن يكون له التصرّف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى ، أو التصرّف بغير ماينضّ به المال . وذكر أبو الخطاب : أنه يُعزل مطلقاً . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه عقد جائز . فأشبه

(١) ناضا : أى صار نقداً ، ولم يكن أمتعة .

الوكالة ، فعلى هذا إن اتفقا على البيع ، أو القسمة فعلاً . وإن طلب أحدهما القسمة ، والآخرُ البيعَ أجيب طالبُ القسمة دون طالب البيع .

فإن قيل : أليس إذا فسخ ربّ المال المضاربةَ ، فطلب العاملُ البيعَ أجيب إليه ؟ فالجواب : أن حقّ العامل في الربح ، ولا يظهر الربح إلا بالبيع ، فاستحقّه العامل لوقوف حصول حقّه عليه ، وفي مسألتنا : ما يحصل من الربح يستدركه كلّ واحد منهما في نصيبه من المتاع ، فلم يُجبر على البيع .

٣٥٨٧ (فصــــل)

فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريكُ في التصرّف . وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان موَلّيًا عليه قام وليّه مقامه في ذلك ، إلا أنّه لا يفعل إلاّ ما فيه المصلحة للمولّى عليه ، فإن كان الميّت قد وصّى بمال الشركة ، أو ببعضه لمعيّن فالموصَى له كالوارث فيما ذكرنا . وإن وصّى به لغير مُعيّن ، كالفقراء لم يجُز للوصِيّ الإذنُ في التصرُّف . لأنه قد وجب دفعه إليهم ، فيعزل نصيبهم ، ويفرّقه بينهم . وإن كان على الميّت دين تعلّق بتركته . فليس للوارث إمضاء الشركة حتّى يقضيَ دينه . فإن قضاه من غير مال الشركة فله الإتمام . وإن قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

٣٥٨٨ (فصــــل)

القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة . وتُسمّى قِراضاً أيضا . ومعناها : أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتّجر له فيه . على أنّ ما حصل من الربح بينهما حَسَبَ ما يشترطانه . فأهلُ العراق يُسمّونه مُضاربَةً ، مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة . قال الله تعالى (٧٣ : ٢٠ وَآخَرُونَ يَضرِبُونَ فِي الْأرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ) ويحتملُ أن يكون من ضَرْب كلٍّ واحد منهما في الربح بسَهم ، ويسمّيه أهلُ الحجاز القِراضَ . فقيل : هو مشتقٌ من القطع . يقال . قرض الفأر الثوب إذا قطعه . فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً وسلّمها إلى العامل ، واقتطع له قطعةً من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المساواة ، والموازنة . يقال : تقارض الشاعران ، إذا وازن كلٌّ واحد منهما الآخرَ بشعره . وههنا من العامل العمل ، ومن الآخر المالُ ، فتوازنا .

وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة . ذكره ابن المنذر . ورُوي عن حميد بن عبد الله ، عن أبيه ، عن جدّه « أنّ عمر بن الخطّاب أعطاه مالَ يَتيمٍ مُضَارَبةً يَعْمَلُ بِهِ فِي العِرَاقِ » ورَوَى مالك ، عن زيد بن أسلَم ، عن أبيه « أن عَبْدَ اللهِ ، وَعُبَيْدَ الله ابْنَيْ عُمَرَ بنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ خَرَجَا فِي جَيْشٍ إلى العِرَاقِ ، فَتَسَلَّفَا مِنْ أَبِي مُوسَى مَالاً وَابْتَاعَا بِهِ مَتَاعًا ، وقَدِمَا بِهِ إِلَى المَدِينَةِ ، فَبَاعَاهُ ورَبِحَا فيه . فأرَادَ عُمَرُ أَخْذَ رَأْسِ المَالِ وَالرِّبْحِ كُلِّهِ . فقالا : لَوْ تَلِفَ كَانَ ضَمَانُه عَلَيْنَا . فَلِمَ لاَ يَكُونُ رِبْحُه لَنَا ؟

فقال رجل : يا أمير المؤمنين ، لو جعلتَه قِراضاً ؟ قال : قد جَعَلْتُه . وَأَخَذَ منهما نِصْفَ الرِّبح » وهذا يدلّ على جَوازِ القِراض . وعن مالك ، عن العلاء ابن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن جدّه « أنّ عُثمانَ قَارَضَهُ » وعن قتادةَ عن الحسن : أنّ علياً قال « إذَا خَالَفَ المُضَارِبُ فَلَا ضَمَان ، هُمَا عَلَى مَا شَرَطَا » وعن ابن مسعود ، وحكيم بن حِزَام « أنّهما قَارَضا » ولا مُخالف لهما فى الصحابة . فحصل إجماعاً . ولأنّ بالناس حاجةً إلى المُضاربة . فإنّ الدراهم ، والدنانير لا تُنَمَّى إلاّ بالتقليب والتّجارة . وليس كلّ من يملكها يحسن التجارة . ولأن كلّ من يُحسن التجارة له رأس مال . فاحتيج إليها من الجانبين . فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا . فإنها تنعقد بلفظ : المضاربة ، والقِراض . لأنهما لفظان موضوعان لها ، أو بما يُؤدّى معناها . لأن المقصود المعنى . فجاز بما دلّ عليه ، كلفظ التمليك فى البيع .

٣٥٨٩ (فصـــل)

وحكمها حكم شركة العِنان ، فى أنّ كلّ ما جاز للشريك عملهُ جاز للمضارب عمله ، وما مُنع منه المُضارِبُ ، وما اختلف فيه ثمّ فههنا مثله ، وما جاز أن يكون رأسَ مال الشركة جاز أن يكون رأسَ مال المضاربة . وما لا يجوز ثَمّ لا يجوز ههنا على ما فصّلناه .

٣٥٩٠ (فصـــل)

القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما . فهذا يجمع شركة ومُضاربةً . وهو صحيح . فلو كان بين رجلين ثلاثةُ آلاف درهم ، لأحدهما ألف ، وللآخر ألفان ، فأذن صاحبُ الألفين لصاحب الألف أن يتصرّف فيها ، على أن يكون الربح بينهما نصفين صحّ . ويكون لصاحب الألف ثُلث الربح بحقّ ماله ، والباقى وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثةُ أرباعِهِ ، وللعامل ربعُه . وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهمُ ، منها ثلاثة للعامل ، حصّة ماله سهمان ، وسهمٌ يستحقّه بعمله فى مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعةُ أسهُم ، للعامل سهم ، وهو الربعُ .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مُشاع ؟

قلنا : إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنّها تمنعه من التصرّف ، بخلاف ما إذا كانت مع العامل . فإنّها لا تمنعه من التصرّف . فلا تمنع من صحّة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فال صاحبه بضاعةً فى يده ، وليست مضاربةً . لأنّ المضاربة إنما تحصُل إذا كان الربح بينهما ، فأمّا إذا قال : ربح مالك لك ، وربح مالى لى ، فقبل الآخر . كان إبضاعاً لا غيرُ . وبهذا كلّه قال الشافعىّ ، وقال مالك : لايجوز أن يضُمّ إلى القِراض شركة ، كما لا يجوز أن يضُمّ إليه عقد إجارة .

ولنا : أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر . فلم نمنع من جمعهما ، كما لو كان المال متميزًا .

٣٥٩١ (فصـــل)

إذا دفع إليه ألفاً مُضاربةً ، وقال : أضف إليه ألفاً من عندك ، واتّجر بها ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ، ولى ثلثه جاز . وكان شركةً وقراضاً ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحّ . لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل .

ولنا : أنهما تساويا فى المال ، وانفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح . كما لو لم يكن له مال . وقولهم : إن الربح تابع للمال وحده : ممنوع ، بل هو تابع لهما . كما أنه حاصلٌ بهما . فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثى الربح لم يجُز . وقال القاضى : يجوز ، بناءً على جواز تفاضُلهما فى شركة العِنان .

ولنا : أنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لامقابل له ، فلا يصحّ . كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركةَ العِنان . لأنّ فيها عملاً منهما . فجاز أن يتفاضلا فى الربح ، لتفاضلهما فى العمل ، بخلاف مسألتنا . وإن جعلا الربح بينهما نصفين ، ولم يقولا مُضاربةً جاز . وكان إبضاعاً كما تقدّم . وإن قالا مُضاربةً فسد العقد . لما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٥٩٢ (فصـــل)

القسم الخامس : أن يشترك بدنان بمالِ أحدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يُخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان فيه معاً ، والربح بينهما . فهذا جائز . ونصّ عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، وتكون مُضاربةً . لأنّ غير صاحب المال يستحقّ المشروط له من الربح بعمله فى مال غيره . وهذا هو حقيقةُ المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد ، والقاضى ، وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه ربُّ المال لم يصحّ . وهذا مذهبُ مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، قال : ولا تصحُّ المضاربة حتى يُسلِّم المال إلى العامل ، ويُخلِّى بينه ، وبينه . لأنّ المضاربة تقتضى تسليم المال إلى المضارب . فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأنّ يده عليه ، فيخالف موضوعها ، وتأوّل القاضى كلام أحمد ، والخرقىّ على أن ربّ المال عمل من غير اشتراط .

ولنا : أن العمل أحد ركنى المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال . وقولهم : إن المضاربة تقتضى تسليم المال إلى العامل : ممنوع ، إنما تقتضى إطلاق التصرُّف فى مال غيره بجُزء مُشاع من ربحه . وهذا حاصل مع اشتراكهما فى العمل . ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مُضاربةً صحّ ، ولم يحصُل تسليم المال إلى أحدهما .

٣٥٩٣ (فصــــل)

وإن شرط أن يعمل معه غلامُ ربِّ المال صح ، وهذا ظاهر كلام الشافعيِّ . وقول أكثر الصحابة . ومنعه بعضُهم . وهو قول القاضي . لأنّ يد الغلام كيد سيّده . وقال أبو الخطاب: فيه وجهان

أحدهما : الجواز . لأنّ عمل الغلام مال لسيّده . فصحّ ضمُّه إليـه ، كما يصحُّ أن يضمّ إليه بهيمةً يعملُ عليها(١)

٣٥٩٤ (فصــــل)

وأما شركة المفاوضة فنوعان .

أحدهما : أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصحُّ ذلك . لأنّ كلّ نوع منها يصحُّ على انفراده . فصحّ مع غيره .

والثـاني : أن يُدْخلا بينهما في الشركة الاشـتراك فيما يحصُل لـكلّ واحد منهما من ميراث ، أو يجدُه من رِكَازٍ ، أو لُقَطةٍ . ويلزم كلّ واحد منهما ما يلزم الآخرَ ، من أرش جناية ، وضَمان غَصْب ، وقيمة مُتلَف ، وغرامة الضمان ، أو كفالةٍ . فهذا فاسد ، وبهذا قال الشافعيّ ، وأجازه الثوريُّ ، والأوزاعيّ ، وأبو حنيفة . وحُـكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً . وهي أن يكونا حرّين ، مسلمين ، وأن يكون مالهما في الشركة سواءً ، وأن يُخْرجا جميع ما يملـكانه من جنس الشركة ، وهو الدراهم ، والدنانير . واحتجُّوا بما رُوي عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أنّه قال « إِذَا تَفَاوَضْتُم فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوَضَةَ » ولأنّها نوعُ شركة يختصّ باسمٍ ، فـكان فيها صحيح كشركة العِنان .

ولنـا : أنه عقد لا يصح بين الـكافرين ، ولا بين كافر ومسلم ، فلم يصحّ بين المسلمين ، كسائر العقود الفاسدة . ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ، فلم يصحّ كما ذكرنا . ولأنّ فيه غرراً . فلم يصحّ كبيع الغرر ، وبيان غرره : أنه يلزم كلّ واحد ما لزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به . وقد أدخلا فيه الأكسابَ النادرة ، والخبر لا نعرفُه ، ولا رواه أصحابُ السنن ، ثم ليس فيه ما يدلّ على أنه أراد هذا العقد . فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ، ولهـذا روى فيه « وَلاَ تَجَادَلُوا فَإِنَّ الْمُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ » وأما القياس : فلا يصحّ . فإن اختصاصها باسمٍ لا يقتضي الصحّة ، كبيع المُنابذة(٢) ، والملامسة ، وسائر البيـوع ، الفاسدة . وشركة العِنان تصحّ من الـكافرَيْن ، والـكافر والمسلم ، بخلاف هذا .

---

(١) والوجه الثاني مفهوم من الوجه الاول وهو مفهوم الجواز .

(٢) بيع المنابذة : أن ينبذ أي يرمي كل من التبايعين المبيع إلى الآخر فيجب البيع ، وبيع الملامسة أن يلمس كل من المتابعين المبيع فيجب البيع .

٣٥٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والربح على ما اصطلحا عليه ﴾

يعني في جميع أقسام الشركة . ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على ربّ المال ثُلُثَ الربح ، أو نصفه ، أو ما يُجمعان عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً ، جزءاً من أجزاء . ولأنّ استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتّفقان عليه ، من قليل وكثير . كالأجرة في الإجارة ، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة .

وأما شركة العِنان — وهو أن يشترك بدنان بماليهما — فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين . ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال . وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعيّ : مِنْ شَرْط صحّتها كونُ الربح والخُسران على قدر المالين . لأنّ الربح في هذه الشركة تبع للمال . بدليل أنه يصحّ عقد الشركة . وإطلاق الربح ، فلا يجوز تغييره بالشرط ، كالوضيعة .

ولنا : أنّ العمل مما يُستحقّ به الربح ، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما ، كالمضارِبَيْنِ لرجُلٍ واحد . وذلك لأنّ أحدهما قد يكون أبصرَ بالتجارة من الآخر ، وأقوى على العمل . فجاز له أن يشترط زيادةً في الربح في مقابلة عمله ، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب .

يحقّقه : أن هذه الشركة معقودة على المال ، والعمل جميعاً ، ولكلّ واحدٍ منهما حصّة من الربح إذا كان مُنفَرِداً . فكذلك إذا اجتمعا ، وأمّا حالةُ الإطلاق . فإنه لمّا لم يكن بينهما شرط يقسّم الربح عليه ، ويتقدّر به ، قدّرناه بالمال ، لعدم الشرط . فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصيرُ إليه . كالمضاربة ، يُصَار إلى الشرط ، فإذا عُدم وقال : الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيعةَ . فإنّها لا تتعلق إلا بالمال ، بدليل المضاربة .

وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرّد ، وهما يتفاضلان فيه مرّةً ويتساويان أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة ، أو تفاضُل . كما ذكرنا في شركة العِنان ، بل هذه أولى . لا نعقادها على العمل المجرّد .

وأما شركة الوجوه : فكلام الخِرَقيّ بعمومه يقتضي جواز ما يتّفقان عليه من مساواة ، أو تفاضُل . وهو قياس المذهب . لأنّ سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه . فكذلك هذه . ولأنها تنعقد على العمل وغيره . فجاز ما اتفقا عليه كشركة العِنان ، وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترَى . لأن الربح يستحقّ بالضمان . إذ الشركة وقعت عليه خاصّةً . إذ لا مال عندهما ، فيشتركان على العمل ، والضّمان لا تفاضُل فيه . فلا يجوز التفاضُل في الربح .

ولنا : إنها شركة فيها عمل ، فجاز ما اتفقا عليه فى الربح ، كسائر الشركات . وقول القاضى : لامال لهما يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا فى المستقبل فيما يتخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى . فكذا ههنا .

أما المضاربة التى فيها شركة . وهى أن يشترك مالان ، وبدن صاحب أحدهما : مثل أن يُخرج كلّ واحد منهما ألفاً . ويأذنَ أحدُهما للآخر فى التجارة بهما . فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ، لأنه مُضارب لصاحبه فى ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه ، بغير خلاف ، وان شرطا له دون نصف الربح لم يجُز . لأن الربح يستحقّ بمال ، وعمل . وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل ، لا مقابل له ، فبطل شرطُه ، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركةً ، ولا مضاربةً . لأن شركة العِنان تقتضى أن يشتركا فى المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيباً من الربح فى مقابلة عمله ، ولم يجعلا له ههنا فى مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعلا الربح على قدر المالين ، وعمله ، فى نصيب صاحبه تبرّع ، فيكون ذلك إبضاعاً . وهو جائز إن لم يكن ذلك عِوَضاً عن قرض . فإن كان العامل اقترض الألف ،أو بعضها من صاحبه لم يجُز . لأنه جعل عمله فى مال صاحبه عِوَضاً عن قرضه ، وذلك غير جائز.

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، مثل أن يُخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان جميعاً فيه . فإنّ للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه ، لأنه مُضارب محض ، فأشبه ما لو لم يعمل معه ربُّ المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه فى جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا فى المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

٣٥٩٦ (فصـــــل)

ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل . لأنه يستحقّه بالشرط ، فلم يقدّر إلاّ به . ولو قال : خُذ هذا المال مُضاربةً ، ولم يُسمِّ للعاملِ شيئاً من الربح فالربحُ كلُّه لربِّ المال ، والوضيعةُ عليه . وللعامل أجْرُ مثله ، نصّ عليه أحمد . وهو قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعىّ : الربح بينهما نصفين . لأنه لو قال : والربح بيننا لكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئاً .

ولنا : أن المضارب إنما يَستحِقّ بالشرط ولم يوجد ، وقوله : مُضاربةً اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً ، فلم تصحّ المضاربة به. كما لو قال : ولك جزء من الربح . فأمّا إذا قال : والربح بيننا ، فإن المضاربة تصحّ ، ويكون بينهما نصفين . لأنّه أضافه إليهما إضافةً واحدةً لم يترجّح فيها أحدُهما على الآخر . فاقتضى التسوية ، كما لو قال : هذه الدار بينى وبينك . وإن قدّر نصيب العامل ، فقال : ولك ثلثُ الربح ، أو

ربحه ، أو جزء معلوم ، أىّ جزء كان ، فالباقى لربّ المـال . لأنه يستحقّ الربح بماله ، لكونه نماءه ، وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط . فما شُرِط له استحقّه ، وما بقى فلربِّ المـال بحكم الأصل . وإن قدّر نصيب ربّ المـال ، مثل أن يقول : ولى ثلث الربح ، ولم يذكر نصيبَ العامل ، ففيه وجهان :

أحـدهما : لا يصحّ . لأنّ العامل إنما يستحقّ بالشرط ، ولم يشترط له شىء ، فتكون المضـاربة فاسدةً .

والثانى : يصحّ ، ويكون الباقى للعامل. وهذا قولُ أبى ثور ، وأصحاب الرأى لأن الربح لهما لا يستحقّه غيرُهما . فإذا قدَّر نصيب أحدهما منه ، فالباقى للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى (٤ : ٢٤ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ) ولم يذكر نصيب الأب ، فعلم أن الباقىَ له. ولأنَّه لو قال: أوصيتُ بهذه المائة لزيد ، وعمرو ، نصيب زيد منها ثلاثون ، كان الباقى لعمرو ، كذا ههنا ، وإن قال : لىَ النصفُ ، ولك الثلثُ ، وسكت عن السدُس صحّ ، وكان لربّ المـال . لأنه لو سكت عن جميع الباقى بعد جزء العامل كان لربّ المـال . فكذلك إذا ذكر بعضه ، وترك بعضه ، وإن قال : خذه مُضـاربةً على الثلث ، أو النصف ، أو قال : بالثلث ، أو الربع صحّ . وكان تقدير النصيب للعامل . لأنّ الشرط يُراد لأجله . فإنّ ربّ المال يستحقّ بماله ، لا بالشرط ، والعاملُ يستحقُّ بالعمل ، والعمل يكثر ويَقلّ . وإنما تتقدَّر حصّته بالشرط ، فكان الشرط له ، ومتى شرطا لأحدهما شيئاً واختلفا فى الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل ، قليلاً كان ؛ أو كثيراً ، لذلك . وإن قال : خذه مُضـاربةً ، ولك ثلث الربح ، وثلث ما بقى صحّ ، وكان له خمسة أتساع . لأن هذا معناه . وإن قال : لك ثلث الربح ، وربع ما بقى فله النصفُ . وإن قال : لك ربع الربح وربعُ ما بقى فله ثلاثة أثمان ، ونصفُ ثمن ، وسواء عرفا الحسابَ ، أو جهلاه . لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة . فأشبه ما لو شرط الخُمُسَيْن . ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلّه كمذهبنا .

٣٥٩٧ (فصـــــل)

وإن قال : خـذه مُضاربةً ، ولك جزء من الربح ، أو شركةً فى الربح ، أو شىء من الربح ، أو نصيب ، أو حظّ لم يصحّ . لأنه مجهول . ولا تصحّ المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال : خذه ولك مثلُ ما شُرِط لفلان ، وهما يَعلمان ذلك صحّ . لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمانه ، أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة ، لأنّه مجهول .

٣٥٩٨ (فصـــل)

وإن قال : خذ هذا المـال فاتّجر به ، وربحه كلُّه لك ، كان قرضاً ، لا قِراضاً . لأنّ قوله : خذه

فاتجر به يصلح لهما ، وقد قرن به حكم القرض ، فانصرف إليه . وإن قال مع ذلك : ولا ضمان عليك . فهذا قرضٌ شرط فيه نفيُ الضمان ، فلا ينتفى بشرطه ، كما لو صرّح به ، فقال : خذ هذا قرضاً ، ولا ضمان عليك ، وإن قال : خذه فاتّجر به ، والربح كلّه لى ، كان إبضاعاً . لأنّه قرن به حكم الإبضاع ، فانصرف إليه . فإن قال مع ذلك : وعليك ضمانُه لم يضمنه . لأنّ العقد يقتضى كونه أمانةً غيرَ مضمونةٍ ، فلا يزول ذلك بشرطه . وإن قال : خذه مُضاربةً ، والربحُ كلّه لك ، أو كلّه لى . فهو عقد فاسدٌ ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إذا قال : والربحُ كلُّه لى كان إبضاعاً صحيحاً . لأنه أثبت له حكم الإبضاع ، فانصرف إليه ، كالتى قبلها . وقال مالك : يكون مُضاربةً صحيحةً فى الصورتين ، لأنهما دخلا فى القِراض فإذا شرط لأحدهما ، فكأنه وهب الآخرَ نصيبه ، فلم يمنع صحّة العقد .

ولنا : أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما . فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما يُنافى مُقتضى العقد ففسد ، كما لو شرط الربح كلّه فى شركة العِنان لأحدهما . ويُفارق ما إذا لم يكن مُضاربةً . لأنَ اللفظ يصلُح لما أثبت حكمه من الإبضاع ، والقِراض ، بخلاف ما إذا صرّح بالمضاربة . وماذ كره مالك لا يصحّ لأن الهبة لا تصحّ قبل وجود الموهوب .

٣٥٩٩ (فصـــل)

ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مُضاربةً فى عقد واحد . فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز . وإن قال : لكما كذا ، وكذا من الربح ، ولم يبين كيف هو ؟ كان بينهما نصفين ، لأنّ إطلاق قوله بينهما يقتضى التسوية ، كما لو قال لعامله : والربح بيننا . وإن شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربعه ، وجعل الباقى له جاز . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ وقال مالك : لا يجوز . لأنهما شريكان فى العمل بأبدانهما ، فلا يجوز تفاضلُهما فى الربح ، كشريكى الأبدان .

ولنا : أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يشترط فى أحدهما أكثر من الآخر ، كما لو انفرد . ولأنهما يستحقّان بالعمل وهُما يتفاضلان فيه . فجاز تفاضلهما فى العِوَض كالأجيرين . ولا نُسَلِّمُ وجوب التساوى فى شركة الأبدان ، بل هى كمسألتنا فى جواز تفاضلهما . ثم الفرق بينهما : أنّ ذلك عقد واحد ، وهذان عقدان .

٣٦٠٠ (فصـــل)

وإن قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز . وإذا شرطا له ربحاً متساويا منهما جاز . وإن شرط أحدهما له النصف ، والآخر الثلث جاز . ويكون باقى ربح مال كلّ واحد منهما لصاحبه . وإن شرطا كون الباقى من الربح بينهما نصفين لم يجُز ، وهذا مذهب الشافعىّ . وكلام القاضى يقتضى جوازه . وحُكى ذلك عن أبى حنيفة وأبى ثور .

ولنا : أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف ، والآخر يبقى له الثلثان . فإذا اشترطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جُزءاً من ربح ماله بغير عمل ، فلم يجُز ، كما لو شرط ربح ماله المنفرد .

٣٦٠١ (فصـــل)

وإذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرتَ ، فإن شرطاه لعبد أحدهما ، أو لعبديهما صحّ ، وكان ذلك مشروطا لسيّده . فإذا جعلا الربح بينهما ، وبين عبديهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان ، وللآخر الثلث : وإن شرطاه لأجنبيّ ، أو لولد أحدهما ، أو امرأته ، أو قريبه ، وشرطا عليه عملاً مع العامل صحّ ، وكانا عاملين ، وإن لم يشترطا عليه عملا لم تصحّ المضاربة . وبهذا قال الشافعىّ . وحُكى عن أصحاب الرأى : أنه يصحّ ، والجزء المشروط له لربّ المال ، سواء شرُط لقريب العامل ، أو لقريب ربّ المال ، أو لأجنبيّ . لأن العامل لا يَستحِقّ إلا ماشُرِط له ، وربّ المال يَستحقّ الربح بحكم الأصل ، والأجنبيُّ لا يستحقّ شيئا ، لأنه إنما يستحقّ الربح بمال ، أو عمل . وليس هذا واحدا منهما ، فما شرط لا يستحقّه ، فيرجع إلى ربّ المال ، كما لو ترك ذكره .

ولنا أنه شرط فاسد ، يعود إلى الربح ، ففسد به العقد ، كما لو شرط دراهم معلومةً وإن قال : لك الثلثان ، على أن تُعطىَ امرأتك نصفه ، فكذلك . لأنه شرط فى الربح شرطاً لا يلزم ، فكان فاسداً ، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فيما ذكرناه .

٣٦٠٢ (فصـــل)

والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة قدر ما لكلّ واحدٍ منهما من الربح ، إلا أنهما إذا أطلقاها ، ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفى شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيهما فى المشترَى . لأن لها أصلاً يرجعان إليه . ويتقدّر الربح به ، بخلاف المضاربة . فإنّه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال ، والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر . فلا يعلم قدره منه . وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يُقدرّ الربح به . فيحتمل أن يتقدّر بالعمل . لأن عمل أحدهمامن جنس عمل الآخر . فقد تساويا فى أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع إليه . ويحتمل ألاّ يتقدّر به . لأن العمل يقلّ ، ويكثر ، ويتفاضل ، ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال ، فيعتبر ذكر الربح ، والمعرفة به كما فى المضاربة . والله أعلم .

٣٦٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والوضيعة على قدر المال ﴾

يعنى الخسران فى الشركة على كلّ واحد منهما بقدر ماله . فإن كان مالهما متساوياً فى القدر فالخسران

بينهما نصفين . وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً . لا نعلم فى هذا خلافاً بين أهل العلم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وغيرهما ، وفى شركة الوجوه : تكون الوضيعة على قدر ملكيهما فى المشترىَ ، سواء كان الربح بينهما كذلك ، أو لم يكن ، وسواء كانت الوضيعة لتلَفٍ ، أو نُقصانٍ فى الثمن عمّا اشتريا به ، أو غير ذلك . والوضيعة فى المضاربة على المال خاصّةً ليس على العامل منها شىء . لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال . وهو مختصّ بملك رَبّه ، لا شىء للعامل فيه . فيكون نقصه من ماله دون غيره . وإنّما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة ، والمزارعة . فإنّ ربّ الأرض ، والشجر يُشارك العاملَ فيما يحدث من الزرع ، والثمر . وإن تلف الشجر ، أو هلك شىء من الأرض بغَرَقٍ ، أو غيره لم يكن على العامل شىء .

٣٦٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يُجعل لأحدٍ من الشركاء فضلُ دراهم ﴾

وجملته : أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومةً ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جُزءاً ، وعشرةَ دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر . أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القِراض إذا شرط أحدهما ، أو كلاهما لنفسه دراهمَ معلومةً . وممّن حفظنا ذلك عنه : مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، والجواب فيما لو قال : لك نصف الربح إلاّ عشرةَ دراهم ، أو نصف الربح وعشرةَ دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهمَ مفردةً . وإنّما لم يصحّ ذلك لمعنيين .

أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومةً احتمل أن لا يربح غيرها . فيحصُل على جميع الربح . واحتمل أن لا يربحها ، فيأخذ من رأس المال جزءا ، وقد يربح كثيراً ، فيستضرّ مَنْ شُرطت له الدراهم .

والثانى أن حصّة العامل ينبغى أن تكون معلومةً بالأجزاء لمّا تعذّر كونُها معلومةً بالقدر . فإذا جُهلت الأجزاء فسدت ، كما لو جُهل القدر فيما يُشترط أن يكون معلوماً به . ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربّما توانى فى طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

٣٦٠٥ (فصـــل)

وإن دفع إليه ألفين مُضاربةً على أنّ لكلّ واحد منهما ربحَ ألف ، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين ، أو ربح إحدى السَّفرتين [1] ، أو ربح تجارته فى شهر ، أو عام بعينه ، ونحو ذلك . فسد الشرط والمضاربة . لأنه قد يربح فى ذلك المعيّن دون غيره ، وقد يربح فى غيره دونه . فيختصّ أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة . ولا نعلم فى هذا خلافاً : وإن دفع إليه ألفاً ، وقال : لك ربح نصفه لم يجز . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : يجوز . لأن نصف ربحه هو ربحُ نصفه . فجاز شرطه ، كما لو عبّر عنه بعبارته الأخرى .

(١) السفرتين : تثنية سفرة ، وهى المرة من السفر ، أى إذا كانا يسافران للتجارة . فيجعلان لكل واحد ربح مرة من السفر

ولنا : أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض ، وكذلك جعل الآخر . فلم يجز ، كما لو قال :لك ربح هذه الخمسمائة ، ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح فإنه لا يؤدّى إلى انفراده بربح شىء من المال .

٣٦٠٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمرٍ ضمن فى إحدى الروايتين ، والأخرى : لا يضمن ﴾

وجملته : أن المضارب وغيره من الشركاء إذ نصّ له على التصرّف ؛ فقال : نقداً أو نسيئةً ، أو قال : بنقد البلد ، أو ذكر نقداً غيره جاز . ولم تجز مخالفته . لأنه متصرّف بالإذن ، فلا يتصرّف فى غير ما أذن له فيه ، كالوكيل . ولأنّ ذلك لا يمنع مقصود المضاربة . وقد يطلب بذلك الفائدة فى العادة ، وإن أطلق فلاخلاف فى جواز البيع حالاً ، وفى البيع نسيئةً روايتان .

إحداهما : ليس له ذلك . وهو قول مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ . لأنه نائب فى البيع . فلم يجز له البيع نسيئةً بغير إذنٍ صريح فيه ، كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرّف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفى النسيئة تغريرٌ بالمال ، وقرينة الحال تقيّد مُطلَقَ الكلام ، فيصيرُ كأنّه قال : بعه حالاً .

والثانية : أنه يجوز له البيع نساءً . وهو قول أبى حنيفة واختيار ابن عقيل . لأن إذنه فى التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة . وهذا عادةُ التّجار . ولأنه يقصد به الربح ، والربح فى النّساء أكثر . ويفارق الوكالة المطلقة . فإنها لا تختصّ بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسبُ . فإذا أمكن تحصيله من غير خَطَر كان أولى . ولأن الوكالة المطلقة فى البيع تدلّ عن أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة . فلم يجز تأخيره ، بخلاف المضاربة . وإن قال له : اعمل برأيك فله البيع نَساء . وكذلك إذا قال له : تصرّف كيف شئت . وقال الشافعىّ : ليس له البيع نَساء فى الموضعين . لأنّ فيه غرراً : فلم يجز ، كما لو لم يقل له ذلك .

ولنا : أنه داخل فى عموم لفظه ، وقرينة حاله تدلُّ على رضائه برأيه فى صفات البيع ، وفى أنواع التجارة . وهذا منها ، فإذا قلنا : له البيع نَساء فالبيع صحيح . ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانُه ، إلاّ أن يفرّط ببيع من لا يوثَق به ، أو من لا يعرفه . فيلزمه ضمان الثمن الذى انكسر على المشترى . وإن قلنا : ليس له البيع نَساءً فالبيع باطل . لأنه فعل مالم يؤذن له فيه . فأشبه البيع من الأجنبى ، إلاّ على الرواية التى تقول : يقف بيع الأجنبىّ على الإجازة . فهٰهنا مثله . ويحتمل قول الخرَقىّ صحّةَ البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان . ولم يذكر فساد البيع . وعلى كلّ حال يلزم العامل الضمان .لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته ، إذا تعذّر عليه استرجاعه . إما لتلف المبيع ، أو امتناع المشترى من ردّه إليه ، وإن قلنا : بصحّته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً . لأنّه لم يفت بالبيع أكثر منها ، ولا ينحفظ

بتركه سواها ، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه ، فلا يضمنها . واحتمل أن يضمن الثمن . لأنه وجب بالبيع ، وفات بتفريط البائع. وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه. بدليل أنه لو حصّل الثمن لم يضمن شيئاً .

٣٦٠٧ (فصــــــل)

وليس له السفر بالمال فى أحد الوجهين . وهو مذهب الشافعىّ . لأن فى السفر تغريراً بالمال وخطراً . ولهذا يروى « أنّ المسافر وماله لعلى قَلَتٍ[1] إلاّ ما وقى اللهُ تعالى » أى هـلاكٍ . ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالـكه .

والوجه الثانى . له السفر به إذا لم يكن مَخُوفاً . قال القاضى : قياسُ المذهب جوازه ، بناء على السفر بالوديعة . وهذا قول مالك . ويُحكى ذلك عن أبى حنيفة لأنّ الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً . ولأنّ المضاربة مشتقّة من الضرب فى الأرض ، فملك ذلك بمطلقها . وهذان الوجهان فى المطلق .

فأما إن أذن فى السفر ، أو نهى عنه ، أو وُجِدت قرينة دالّة على أحد الأمرين ، تعيّن ذلك ، وثبت ما أمر به ، وحرُم ما نهى عنه ، وليس له السفر فى موضعٍ مَخُوفٍ على الوجهين جميعاً . وكذلك لو أذن له فى السفر مطلقاً لم يـكن له السفر فى طريق مخوف ، ولا إلى بلد مخوف . فإن فعل فهو ضامن لما يتلَف . لأنه متعدّ بفعل ما ليس له فعله ، وإن سافر فى طريق آمن جاز ، ونفقته فى مال نفسه . وبهذا قال ابن سيرين ، وحمّاد بن أبى سُليمان . وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، وقال الحسن ، والنخَعِىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد . لأن سفره لأجل المال ، فـكانت نفقتهُ منه كأجر الحمّال .

ولنا : أن نفقته تخصُّه ، فـكانت عليه ، كنفقةِ الحضَر وأجر الطبيب ، وثمن الطبّ . ولأنه دخل على أنه يستحقّ من الربح الجزء المسمّى . فلا يـكون له غيره . ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختصّ بالربح ، إذا لم يربح سوى ما أنفقه ، فأمّا إن اشترط له النفقة فله ذلك . وله ما قدّر له من مأكول ، وملبوس ، ومركوب ، وغيره ، قال أحمد فى رواية الأثرم : أحَبُّ إلىّ أن يشترط نفقةً محدودةً . وإن أطلق صحّ ، نصّ عليه ، وله نفقته من المأكول ، ولا كُسوة له . قال أحمد : إذا قال : له نفقته ، فإنّه ينفق ، قيل له : فيـكتسى ؟ قال : لا . إنّما له النفقة ، وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تحديد كسوة . فظاهر كلام أحمد : جوازها . لأنه قيل له : فلم يشترط الـكسوة إلا أنه فى بلد بعيد ، وله مُقام طويل ، يحتاج فيه إلى كسوة ؟ فقال : إذا أذنَ له فى النفقة فعل ، ما لم يحمل على مال الرجل ، ولم يـكن ذلك قصده . هذا معناه . وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : إذا شرط له النفقة فله جميعُ نفقته ، من مأكول ، أو ملبوس ،

(١) القلت : بفتح القاف واللام الهلاك .

بالمعروف ، وقال أحمد : يُنفق على معنى ما كان يُنفق على نفسه غيرَ مُتعدٍّ بالنفقة ، ولا مُضِرّ بالمال ، ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة . لأن الأسعار تختلف ، وقد تقِلّ وتكثُرُ ، فإن اختلفا فى قدر النفقة : فقال أبو الخطاب : يُرجع فى القوت إلى الإطعام فى الكفّارة ، وفى الكسوة إلى أقلّ ملبوسٍ مثله . فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة ، أو كان معهُ مضاربة أخرى ، أو بضاعةٌ لآخَر فالنفقةُ على قدر المالَيْنْ . لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر ، والسفرُ للمالين . فيجبُ أن تكون النفقة مقسومةً على قدرهما ، إلاّ أن يكون ربُّ المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك . ولو أذن له فى السفر إلى موضع مُعيّن ، أو غير مُعيّن ، ثمّ لقيه ربُّ المال فى السفر ، إمّا بذلك الموضع ، أو فى غيره ، وقد نضَّ المالُ ، فأخذ ماله ، فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده ، لم يكن له . لأنه إنّما يستحقّ النفقة مادام فى القِراض ، وقد زال ، فزالت النفقةُ . ولذلك لو مات لم يجب تكفينهُ ، وقد قيل : له ذلك . لأنه كان شرط له نفقةَ ذهابه ورجوعه ، وغيره ، بتسفيره إلى الموضع الذى أذن له فيه ، مُعتقداً أنه مستحقٌّ للنفقة ذاهباً وراجعاً ، فإذا قطع عنه النفقة تضرّر بذلك .

٣٦٠٨ (فصــل)

وحكم المضارب حكم الوكيل : فى أنّه ليس له أن يبيع بأقلّ من ثمن المثل ، ولا يشترى بأكثر منه ، مما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله . فإن فعل فقد رُوى عن أحمد : أن البيع يصحّ . ويضمن النقص . لأن الضرر ينجبرُ بضمان النقص ، والقياس : أن البيع باطل . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه بيع لم يؤذن له فيه . فأشبه بيع الأجنبىّ . فعلى هذا إن تعذّر ردّ المبيع ضمن النقص أيضاً . وإن أمكن ردّه وجب ردّه ، إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً ، ولربّ المال مطالبة من شاء من العامل أو المشترى . فإن أخذ من المشترى قيمته رجع المشترى على العامل بالثمن . وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشترى بها ، وردّ عليه الثمن . لأن التلف حصل فى يده . وأما ما يتغابن الناس بمثله فغيرُ ممنوع منه . لأنه لا يمكن التحرُّز منه ، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع . وإن اشترى فى الذمّة لزم العاملَ دون ربِّ المال ، إلا أن يُجيزه . فيكون له . هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وقال القاضى : إن أطلق الشراء ولم يذكر ربّ المال ، فكذلك . وإن صرّح للبائع أننى اشتريته لفلان فالبيعُ باطل أيضاً .

٣٦٠٩ (فصــل)

وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد ؟ على روايتين .

الأولى : جوازه إذا رأى المصلحة فيه ، والربحُ حاصل به ، كما يجوز أن يبيع عَرْضاً بعَرْضٍ ، ويشتريه به . فإن قلنا : لا يملك ذلك ففعله ، فحكمه حكم ما لو اشترى ، أو باع بغير ثمن المثل . وإن قال له : اعمل

برأيك فله ذلك. وهل له الزراعة ؟ يحتمل أن لا يملك ذلك : لأن المضاربة لا يُفهم من إطلاقها المزارعة . وقد رُوى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفاً ، وقال : اتّجر فيها بما شئت ، فزرع زرعاً فربح فيه . فالمضاربة جائزة ، والربحُ بينهما . قال القاضى : ظاهر هذا : أن قوله اتّجِرْ بما شئت دخلت فيه المزارعة . لأنها من الوجوه التى يبتغى بها النّماء ، وعلى هذا لو تَوِىَ[1] المالُ كلّه فى المزارعة لم يلزمه ضمانهُ .

٣٦١٠ (فصــــل)

وله أن يشترى المعيب إذا رأى المصلحة فيه . لأن المقصود الربح ، وقد يكون الربح فى المعيب . فإن اشتراه يظنه سليماً فبان مَعيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه ، من ردّه بالعيب ، أو إمساكه ، وأخذ أرش العيب. فإن اختلف العاملُ وربّ المال فى الردّ ، فطالبه أحدهما ، وأباه الآخرُ فعل ما فيه النظر ،والحظّ . لأن المقصود تحصيل الحظّ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظّ . وأما الشريكان إذا اختلفا فى ردّ المعيب ، فلطالب الردّ ردّ نصيبه ،وللآخر إمساكُ نصيبه ، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعاً . فلا يلزمه قبول ردٍّ بعضه . لأن ظاهر الحال أنّ العقدَ لمن وَليه . فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه . ولو أراد الذى وَلِىَ العقد ردّ بعض المبيع ، وإمساكَ البعض كان حكمه حكم مالو أراد شريكه ذلك ، على ما فصّلناه .

٣٦١١ (فصــــل)

وليس له أن يشترى من يعتِق على ربّ المال بغير إذنه . لأن عليه فيه ضرراً . فإن اشتراه بإذن ربّ المال صحّ . لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه . فإذا أذن لغيره فيه جاز ويَعتِقُ عليه ، وتنفسخ المضاربة فى قدر ثمنه . لأنه قد تلف . ويكون محسوباً على ربِّ المال . فإن كان ثمنه كلّ المال انفسخت المضاربة وإن كان فى المال ربح جُعِل العامل بحصّته منه . وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لايصحّ الشراء ، إذا كان الثمن عيناً ، لأن العامل اشترى ماليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه . ولأن الإذن فى المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه ، والربح فيه ، فلا يتناول غير ذلك . وإن اشتراه فى الذمّة وقع الشراء للعاقد . وليس له دفع الثمن من مال المضاربة . وإن فعل ضمن . وبهذا قال الشافعىّ ، وأكثر الفقهاء وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد صحّة الشراء . لأنه مال مُتقوّم ، قابل للعقود ، فصحّ شراؤه ، كما لو اشترى من نذر ربُّ المال إعتاقَه ، ويَعتِق على ربِّ المال ، وتنفسخ المضاربة فيه . ويلزم العاملَ ضمانهُ ، على ظاهر كلام أحمد ، علم بذلك أو جهل . لأن مال المضاربة تلف بسببه . ولا فرق فى الإتلاف الموجِب للضمان بين العلم ، والجهل . وفيما يضمنهُ وجهان :

أحدهما : قيمته . لأن المِلك ثبت فيه ثمّ تلف ، فأشبه ما لو أتلفه بفعله .

والثانى : الثمن الذى اشتراه به . لأن التفريط منه حصل بالشراء ، وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء .

---

(١) توى المال : بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك .

فكان عليه ضمان ما فرّط فيه . ومتى ظهر فى المال ربح ، فللعامل حصّته منه . وقال أبو بكر : إن لم يكن العامل عالماً بأنّه يَعتق على ربّ المال لم يضمن . لأن التلف حصل لمعنًى فى المبيع لم يَعلم به المشترى ، فلم يضمن ، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه ، فتلف به ، قال : ويتوجَّه أن لا يضمن وإن علم .

٣٦١٢ (فصـــل)

وإن اشترى امرأة ربّ المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح ، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصفُ الصداق ؟ فيه وجهان : ذكرناهما فى غير هذا الموضع . فإن قلنا : يلزمه رجع به على العامل . لأنه سبب تقريره عليه ، فرجع عليه ، كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرّضاع . وإن اشترى زوج ربّة المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح . لأنّها مَلَكت زوجها . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىّ : لايصح الشراء إذا كان بغير إذنها . لأن الإذن إنما يتناول شراء مالها فيه حظّ ، وشراء زوجها يضرّ بها . لأنه يفسخ نكاحها ، ويضرُّ بها ، ويسقط حقّها من النفقة ، والكسوة ، فلم يصح كشراء ابنها .

ولنا : أنه اشترى ما يمكن طلبُ الربح فيه . فجاز ، كما لو اشترى أجنبيًّا . ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ، ويسقط من النفقة . لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة . وإنما هو بسبب آخر . ولا فرق بين شرائه فى الذمّة ، أو بعين المال .

٣٦١٣ (فصـــل)

وإن اشترى المأذون له من يَعتق على ربّ المال بإذنه صحّ ، وعتق . فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ، وما فى يده ، وقلنا : يتعلّق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذى عتق إلى الغرماء . لأنه الذى أتلف عليهم بالعتق . وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطلٌ . لأنه يملكه بالإذن ، وقد زال بالنهى . وإن أطلق الإذن ، فقال أبو الخطاب : يصحُّ شراؤه . لأن من صحّ أن يشتريه السيّد صحّ شراء المأذون له ، كالأجنبىّ . وهذا قول أبى حنيفة ، إذا أذن له فى التجارة ، ولم يدفع إليه مالاً . وقال القاضى : لا يصحّ . لأن فيه إتلافاً على السيّد . فإنّ إذنه يتناول ما فيه حظّ . فلا يدخل فيه الإتلاف ، وفارق عامل المضاربة . لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر . وللشافعىّ قولان كالوجهين . وإن اشترى امرأةَ ربّ المال ، أو زوجَ ربّة المال فهل يصحّ ؟ على وجهين أيضاً ، كشراء من يَعتق بالشراء .

٣٦١٤ (فصـــل)

(وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صحّ الشراء . فإن لم يكن ظهر فى المال ربح لم يعتق منه شىء . وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيّان على العامل متى يملك الربح ؟ فإن قلنا : يملكه بالقسمة لم يعتق منه شىء ، لأنّه ما ملكه ، وإن قلنا : يملكه بالظهور ففيه وجهان :

أحدهما : لا يعتق . وهو قول أبى بكر ، لأنه لم يتمّ مِلـكهُ عليـه . لأنّ الربح وقاية لرأس المال ، فلم يعتق لذلك .

والثانى : يعتق بقدر حصّته من الربح ، إن كان مُعسراً . ويُقوّم عليه باقيه إن كان موسراً . لأنه ملـكه بفعله ، فيعتق عليه ، كما لو اشتراه بماله . وهـذا قول القاضى ، ومذهب أصحاب أبى حنيفة . لـكن عندهم يُسْتَسْعَى فى بقيّته إن كان معسراً .

ولنـا : رواية كقولهم : وإن اشتراه ولم يظهر ربح ، ثم ظهر بعد ذلك ، والعبد باقٍ فى التّجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقتَ الشراء . وقال الشافعىّ : إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصحّ فى أحد الوجهين . لأنه يؤدّى إلى أن ينجّز العامل حقّه قبل ربّ المال .

ولنا : أنّهما شريكان . فصحّ شراء كلّ واحد منهما مَنْ يَعْتِقُ عليه ، كشريكى العِنَان .

٣٦١٥ (فصـــل)

وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال . لأن الإذن ما تناول أكثر منه . فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف ، فالشراء فاسد . لأنه اشتراه بمال يستحقّ تسليمه فى البيع الأول . وإن اشتراه فى ذمته صحّ الشراء ، والعبدُ له . لأنه اشترى فى ذمّته لغيره . ما لم يأذن له فى شرائه ، فوقع له ، وهل يقف على إجازة ربّ المال ؟ على روايتين . ومذهب الشافعىّ كنحو ما ذكرنا .

٣٦١٦ (فصـــل)

وليس للمضارب وطء أمةٍ مِنَ المضاربة ، سواء ظهر فى المال ربحٌ أو لم يظهر . فإن فعل فعليه المهرُ ، والتعزير ، وإن عَلِقت منه ، ولم يظهر فى المال ربحٌ فولده رقيق . لأنّها علقت منه فى غير ملك ، ولا شُبْهةِ ملك . ولا تصيرُ أمّ ولدٍ له كذلك . وإن ظهر فى المال ربح ، فالولد حرّ ، وتصير أمّ ولد له . وعليه قيمتها ، ونحو هذا قال سفيان ، وإسحاق . وقال القاضى : إن لم يظهر ربح فعليه الحدّ . لأنه وطىء فى غير ملك ، ولا شُبهة ملك . والمنصوص عن أحمد : أن عليه التعزير . لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم ، والتقويم غير متحقّق . لأنه يحتمل أن السلع تساوى أكثر مما قُوّمت به . فيكون ذلك شبهةً فى درء الحدّ ، لأنّهُ يُدرأ بالشبهات .

٣٦١٧ (فصـــل)

وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً . لأنه ينقُصها إن كانت بكراً . ويعرّضها للخروج من المضاربة ، والتلف . فإن فعل فلا حدّ عليه . لأنّها مملوكته . وإن علقت منه صارت أمّ ولده ، وولدُه حرٌّ كذلك .

وتخرج من المضاربة ، وتحسب قيمتها ، ويضاف إليها بقية المال . فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

٣٦١٨ (فصل)

وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة ، فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة ، وصار قرضاً في ذمته . لأن استباحة البُضع لا تحصُل إلا بملكه ، لقول الله تعالى (٢٣ : ٥ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) .

٣٦١٩ (فصل)

وليس لواحد منهما تزويج الأمة . لأنه ينقصها ، ولا مكاتبة العبد لذلك . فإن اتفقا على ذلك جاز . لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

٣٦٢٠ (فصل)

وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة . نص عليه أحمد في رواية الأثرم ، وحرب ، وعبد الله قال : إن أذن له رب المال ، وإلا فلا ، وخرّج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل . ولا يصح هذا التخريج . وقياسه على الوكيل ممتنع لوجهين :

أحدهما : أنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به ، وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرجُ عن كونه مضارباً به ، بخلاف الوكيل.

الثاني : أن هذا يوجب في المال حقًّا لغيره ، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولا أعرف عن غيرهم خلافهم ، فإن فعل ، فلم يتلف المال ، ولا ظهر فيه ربح ردّه إلى مالكه ، ولا شيء له ، ولا عليه . وإن تلف ، أو ربح فيه ، فقال الشريف أبو جعفر . هو في الضمان ، والتصرف كالغاصب ، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال ، إن كان باقياً . ويرد بدله إن كان تالفاً ، أو تعذّر ردُّه ، فإن طالب الأول ، وضمنه قيمة التالف ، ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء ، لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة ، وإن علم بالحال رجع عليه . لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان ، وتلف تحت يده ، فاستقر ضمانه عليه . وإن ضمّن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول . وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول ؟ على وجهين :

أحدهما : يرجع عليه ، لأنه غرّه، فأشبه مالو غرّه بحرية أمة .

والثاني : لا يرجع . لأن التلف كان في يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن ربح في المال فالربح لمالكه ، ولا شيء للمضارب الأول . لأنه لم يوجد منه مال، ولا عمل . وهل للثاني أجرُ مثله ؟ على روايتين :

إحداهما : له ذلك . لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له : فكان له أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة

والثانية : لا شيء له . لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه . فلم يستحقّ لذلك عِوَضاً كالغاصب . وفارق المضاربة . لأنه عمل في ماله بإذنه ، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمّة . ويحتمل أنه إذا اشترى في الذمّة يكون الربح له . لأنه ربح فيما اشتراه في ذمّته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره . فأشبه مالو لم ينقد الثمن من مال ربّ المال . قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعني قول مالك ، والشافعيّ وأبي حنيفة ، ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل ، كالغاصب ، وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول . لأنه غرّه ، واستعمله بِعَوض لم يحصل له . فوجب أجره عليه ، كما لو استعمله في مال نفسه . وقال القاضي : إن اشترى بعين المال فالشراء باطل . وإن كان اشترى في الذمة ، ثم نقد المال ، وكان قد شرط ربُّ المال للمضارب النصفَ ، فدفعه المضاربُ إلى آخرَ على أن يكون لربّ المال النصف ، والنصفُ الآخر بينهما . فهو على ما اتفقوا عليه . لأن ربّ المال رضي بنصف الربح ، فلا يدفع إليه أكثر منه ، والعاملان على ما اتّفقا عليه . وهذا قول قديم للشافعيّ . وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ، ولا لنصّ أحمد ، فإنّ أحمد قال : لا يطيبُ الربحُ للمضارب ، ولأنّ المضارب الأول ليس له عمل ، ولا مال ، ولا يستحقّ الربح في المضاربة ، إلاّ بواحد منهما ، والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه . فلم يستحقّ ما شرطه له غيره : كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربةً . ولأنه إذا لم يستحقّ ما شرطه له ربُّ المال في المضاربة الفاسدة ، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

٣٦٢١ (فصــــل)

وإن أذن ربّ المال في دفع المال مضاربةً جاز ذلك . نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . ويكون العامل الأول وكيلاً لربّ المال في ذلك . فإذا دفعه إلى آخر ، ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً . وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصحّ ، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل . والربحُ إنما يستحقّ بواحد منهما . وإن قال : اعمل برأيك ، أو بما أراك الله . جاز له دفعه مضاربةً . نصّ عليه . لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه . ويحتمل أن لا يجوز له ذلك . لأن قوله : اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة ، والبيع ، والشراء ، وأنواع التجارة . وهذا يخرج به عن المضاربة ، فلا يتناوله إذنه .

٣٦٢٢ (فصــــل)

وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله . فإن فعل ولم يتميّز ضمنه . لأنه أمانة ، فهي كالوديعة . فإن قال له : اعمل برأيك جاز له ذلك . وهو قول مالك ، والثوريّ ، وأصحاب الرأي ، وقال الشافعيّ : ليس له ذلك . وعليه الضمان إن فعله . لأن ذلك ليس من التجارة .

والثانى : أنه قد يرى الخلط أصلح له . فيدخل فى قوله : اعمل برأيك ، وهكذا القول فى المشاركة به ، ليس له فعلها ، إلا أن يقول : اعمل برأيك فيملكها .

٣٦٢٣ (فصـــــــل)

وليس له أن يشترى خمراً ، ولا خنزيراً ، سواء كانا مسلمين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً . فإن فعل فعليه الضمان . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر ، وبيعه إياها . لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل ، وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يصح شراؤه إياها . لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ، ولا يصح بيعه ، لأنه يبيع ما ليس بملك له ، ولا لموكله .

ولنا : أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خمراً ، ولا يصح أن يشترى خمراً ، ولا يبيعه . وإن كان ذمياً فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح ، كما لو اشترى الخنزير . ولأن الخمر محرمة ، فلا يصح شراؤها له ، كالخنزير ، والميتة . لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه ، كالميتة ، والدم . وكل ما جاز فى الشركة جاز فى المضاربة . وما جاز فى المضاربة جاز فى الشركة ، وما منع منه فى أحدهما منع منه فى الأخرى . لأن المضاربة شركة . ومبنى كل واحد منهما على الوكالة ، والأمانة .

٣٦٢٤ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول ، فإن فعل ، وربح ردّه فى شركة الأول ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ، ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر ، فأذن له الأول جاز ، وإن لم يأذن له ، ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً . بغير خلاف . وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ، ولم يأذن ، مثل أن يكون المال الثانى كثيراً يحتاج إلى أن يقطع زمانه ، ويشغله عن التجارة فى الأول ، ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته . لم يجز له ذلك . وقال أكثر الفقهاء : يجوز . لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها . فلم يمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك .

ولنا : أن المضاربة على الحظ والنماء . فإذا فعل ما يمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق ما لا ضرر فيه . فعلى هـذا إذا فعل ، وربح ردّ الربح فى شركة الأول ، ويقتسمانه . فلينظر ما ربح فى المضاربة الثانية ، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح ، فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ، ويقاسمه لرب المضاربة الأولى . لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التى استحقت بالعقد الأول . فكان بينهما كربح المال الأول ، فأما حصة رب المال الثانى من الربح ، فتدفع إليه ، لأن

العدوان من المضارب لا يُسْقط حقّ ربّ المال الثانى . ولأنّا لو رَدَدْنا ربح الثانى كلّه فى الشركة الأولى لاختصّ الضرر بربّ المال الثانى . فلم يلحق المضارب شىء من الضرر ، والعدوان منه ، بل ربّما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثانى الثلث ، ولأنه لا يخلو : إمّا أن يحكم بفساد المضاربة الثانية ، أو بصحّتها . فإن كانت فاسدةً فالربح كله لربّ المال ، وللمضارب أجر مثله . وإن حكمنا بصحّتها وجب صرف حصّة ربّ المال إليه ، بمقتضى العقد ، وموجَب الشرط ، والنظر يقتضى أن لا يستحقّ ربُّ المضاربة الأولى من ربّ الثانية شيئاً . لأنه إنما يستحقّ بمال ، أو عمل ، وليس له فى المضاربة الثانية مال ، ولا عمل. وتعدّى المضارب إنمّا كان بترك العمل ، واشتغاله عن المال الأول . وهذا لا يوجب عِوَضاً ، كما لو اشتغل بالعمل فى مال نفسه ، أو آجر نفسه ، أو ترك التجارة لِلَعِبٍ ، أو اشتغال بعلم ، أو غير ذلك . ولو أوجب عِوَضاً لأوجب شيئاً مُقدَّراً لا يختلف ولا يتقدَّر بربحه فى الثانى . والله أعلم .

٣٦٢٥ فصـــل

وإن دفع إليه مضاربةً ، واشترط النفقة ، فكلّمهُ رجل فى أن يأخذ له بضاعةً أو مضاربة ، ولا ضرر فيها . فقال أحمد : إذا اشترط النفقة صار أجيراً له ، فلا يأخذ من أحد بضاعةً . فإنّها تشغَلُه عن المال الذى يُضارب به ، قيل : فان كانت لا تشغله ؟ فقال : ما يُعجبنى أن يكون إلاّ بإذن صاحب المضاربة . فانه لا بدّ من شُغْل . وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، وإن فعل فلا شىء عليه . لأنه لا ضرر على ربّ المضاربة فيه .

٣٦٢٦ (فصـــل)

وإن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ من آخرَ بضاعةً ، أو عمل فى مال نفسه ، أو اتّجر فيه فربحه فى مال البضاعة لصاحبها ، وفى مال نفسه لنفسه .

٣٦٢٧ (فصـــل)

إذا أخذ من رجل مائةً قِراضاً ، ثم أخذ من آخر مثلها ، واشترى بكلّ مائة عبداً ، فاختلط العبدان، ولم يتميّزا ، فإنّهما يصطلحان عليهما ، كما لو كانت لرجل حِنطة ، فانثالت عليه[1] أخرى . وذكر القاضى فى ذلك وجهين :

أحدهما : يكونان شريكين فيهما ، كما لو اشتركا فى عقد البيع ، فيباعان ، ويقتسم بينهما . فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصّته ، والباقى بينهما نصفين .

---

(١) هكذا فى الأصول . والأولى أن يقال : فانثالت عليها أخرى ، إلا أن يكون أعاد الضمير بمعنى الحنطة ، وهو القمح فيصلح .

والثاني : يكونان للعامل . وعليه أداء رأس المال ، والربح له ، والخسران عليه ، وللشافعيّ قولان كهذين ، والأول أولى . لأن ملك كلّ واحد منهما ثابت في أحد العبدين . فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ، ولا عن بعضه بغير رضاه ، كما لو لم يكونا في يد المضارب ، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدّى إلى أن يكون تفريطه سبباً لانفراده بالربح ، وحرمان المتعدّى عليه وعكس ذلك أولى . وإن جعلناهما شريكين أدّى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه ، وليس له فيه مال، ولا عمل .

٣٦٢٨ (فصـــل)

إذا تعدّى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئاً نهي عن شرائه . فهو ضامن المال في قول أكثر أهل العلم . رُوي ذلك عن أبي هريرة، وحكيم بن حزام ، وأبي قلابة ،ونافع ، وإياس ، والشعبيّ ، والنخعيّ ، والحكم ، وحمّاد ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وعن عليّ رضي الله عنه: لا ضمان على من شُورك في الربح . ورُوي معنى ذلك عن الحسن ، والزهريّ .

ولنا : أنه متصرّف في مال غيره بغير إذنه ، فلزمه الضمان ، كالغاصب. ولا نقول بمشاركته في الربح، فلا يتناوله قول عليّ رضي الله عنه ، ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه ، فربح فيه . فالربح لربّ المال . نصّ عليه أحمد ، وبه قال أبو قلابة ، ونافع ، وعن أحمد : أنّهما يتصدّقان بالربح . وبه قال الشعبيّ ، والنخعيّ، والحكم ، وحمّاد . قال القاضي : قول أحمد : يتصدّقان بالربح ، على سبيل الورع . وهو لربّ المال في القضاء ، وهذا قول الأوزاعيّ . وقال إياس بن معاوية ، ومالك : الربح على ما شرطاه ، لأنه نوع تعدّ . فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه ، كما لو لبس الثوب ، وركب دابّة ليس له ركوبها ، وقال القاضي : إذا اشترى في الذمّة ، ثم نقد المال ، فالربح لربّ المال . وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين ، والأخرى : هو موقوف على إجازة المالك ، فإن أجازه صحّ ، وإلا بطل ، والمذهب الأول ، نصّ عليه أحمد في رواية الأثرم . وقال أبو بكر : لم يرو أنّه يتصدّق بالربح إلاّ حنبل . واحتجّ أحمد بحديث عُروة البارقيّ ، وهو ما روَى أبو لبيد عن عُروة بن الجَعْد قال : « عَرضَ للنبيّ صلى اللهُ عليه وسلّم جَلَبٌ[1] فَأَعْطَاني دِيناراً ، فقالَ : عُرْوة ، ائْتِ الجلب . وَاشْتَرِ لَنَا شاةً ، فَأَتَيْتُ الجَلَبَ ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينار ، فَجِئْتُ أَسُوقُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا فَلَقِيَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ ، فَسَاوَمَنِي ، فَبِعْتُ مِنْهُمَا شَاةً بِالدِّينَارِ ، فَجِئْتُ بِالدِّينارِ وَبِالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللهِ، هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ ، قالَ : وَكَيْفَ صَنَعْتَ ؟ فَحَدَّثْتُهُ الحديثَ . فَقَالَ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ في صَفْقَةِ يَمِينِهِ »

---

(١) جلب : الشيء المجلوب المستورد من مكان غير المكان الذى جلب إليه .

رواه الأثرم . ولأنّه نماء مال غيره بغير إذن مالكه ، فكان لمالكه ، كما لو غَصَب حِنْطَة فزرَعها ، فأمّا المضاربُ ففيه روايتان :

إحداهما : لا شيء له . لأنّه عقد عقداً لم يُؤذن له فيه ، فلم يكن له شيء ، كالغاصب ، وهذا اختيار أبى بكر .

والثانية : له أجر . لأنّ ربّ المال رضى بالبيع ، وأخذ الربح . فاستحقّ العامل عِوَضاً ، كما لو عقده بإذن . وفى قدر الأجر روايتان :

إحداهما : أجر مثله ما لم يُحِط بالربح ، لأنّه عمل ما يستحقّ به العِوَض ، ولم يسلم له المسمّى ، فكان له أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

والثانية : له الأقلُّ من المسمّى ، أو أجر المثل ، لأنّه إن كان الأقلّ المسمّى ، فقد رضى به ، فلم يستحقّ أكثر منه ، وإن كان الأقلّ أجر المثل لم يستحقّ أكثر منه . لأنه لم يعمل ما رضى به . وإن قصد الشراء لنفسه ، فلا أجر له ، روايةً واحدة ، وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : إن اشترى فى ذمّته ، ثم نقد المال فلا أجر له . روايةً واحدةً ، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

٣٦٢٩ (فصـــل)

وعلى العامل أن يتولّى بنفسه كلّ ما جرت العادة أن يتولاّه المضارب بنفسه ، من نشر الثوب ، وطيّه ، وعَرْضه على المشترى ، ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن ، وانتقاده ، وشدّ الكيس ، وخَتْمه ، وإحرازه فى الصندوق ، ونحو ذلك ، ولا أجر له عليه ، لأنّه مستحقّ للربح فى مقابلته ، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرُ عليه خاصّة . لأن العمل عليه ، فأمّا ما لا يليه العامل فى العادة ، مثل النِّداء على المتاع ، ونقله إلى الخان ، فليس على العامل عمله ، وله أن يكترى من يعمله ، نصّ عليه أحمد ،لأن العمل فى المضاربة غير مشروط ، لمشقّة اشتراطه ؛ فرُجع فيه إلى العرف . فان فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرّعاً فلا أجر له . وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً فى المنصوص عن أحمد . وخرّج أصحابنا وجهاً : أنّ له الأجر ، بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه ، هل له أجر لذلك ؟ على روايتين . وهذا مثله .

والصحيح : أنه لا شيء له فى الموضعين . لأنّه عمل فى مال غيره عملاً لم يجعل له فى مقابلته شيء ، فلم يستحقّ شيئا كالأجنبيّ .

٣٦٣٠ (فصـــل)

وإذا سُرِق مال المضاربة ، أو غُصِب . فعلى المضارب طلبه ، والمخاصمة فيه فى أحد الوجهين . وفى الآخر : ليس عليه ذلك . لأن المضاربة عقد على التجارة : فلا تدخل فيه الخصومة . والأول أولى . لأنه

حفظ المال ، ولا يتمُّ ذلك إلا بالخصومة ، والمطالبة ، سيّما إذا كان غائباً عن ربّ المال ، إمّا لسفر المضارب ، أو ربّ المال . فإنه لا يُطالب له إلا المضارب . فإن تركه ضاع ، فعلى هذا إن ترك الخصومة ، والطلب به في هذه الحال غرِمه . لأنه ضيّعه وفرّط فيه ، وإن كان ربُّ المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ، ولا يضمنه إذا تركه . لأن ربّ المال أولى بذلك من وكيله .

٣٦٣١ (فصـــل)

وإذا اشترى للمضاربة عبداً ، فقتله عبد لغيره ، ولم يكن ظهر في المال ربح فالأمر إلى ربّ المال ، إن شاء اقتصّ ، إن شاء عفا على غير مال . وتبطل المضاربة فيه . لذهاب رأس المال . وإن شاء عفا على مال . فإن عفا على مال مثل رأس المال ، أو أقلّ ، أو أكثر فالمضاربة بحالها ، والربح بينهما على شرطهما . لأنه وجد بدل عن رأس المال . فهو كما لو وجد بدله بالبيع . وإن كان في العبد ربح فالقصاص إليهما ، والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه . والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم .

٣٦٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للمضارب ربح حتى يستوفى رأس المال ﴾

يعنى أنه لا يستحقّ أخذ شيء من الربح حتى يُسلِّم رأس المال إلى ربّه ، ومتى كان في المال خُسران وربح جُبِرت الوضيعة من الرّبح ، وسواء كان الخُسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة ، والربح في أخرى ، أو أحدهما في سفرة ، والآخر في أخرى . لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال . وما لم يفضل فليس بربح . ولا نعلم في هذا خلافاً ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرّد الظهور قبل القسمة ، فظاهر المذهب : أنه يثبت . هذا الذى ذكره القاضى مذهباً . وبه قال أبو حنيفة ، وحكى أبو الخطاب روايةً أخرى : أنّه لا يملكه إلا بالقسمة . وهو مذهب مالك ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين ، واحتجّ من لم يملكه بأنه لو ملكه لا ختصّ بربحه ، ولوجب أن يكون شريكاً لربّ المال ، كشريكى العِنان .

ولنا أن الشرط صحيح . فيثبت مقتضاه . وهو أن يكون له جزء من الربح . فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط ، كما يملك المُساقى حصّته من الثمرة لظهورها . وقياساً على كلّ شرط صحيح في عقد . ولأن هذا الربح مملوك ، فلا بدّ له من مالك ، وربّ المال لا يملكه اتفاقا . ولا تثبت أحكام الملك في حقّه . فلزم أن يكون للمضارب . ولأنه يملك المطالبة بالقسمة . فكان مالكاً كأحد شريكى العِنان . ولا يمنع أن يملكه ، ويكون وقاية لرأس المال ، كنصيب ربّ المال من الربح . وبهذا امتنع اختصاصُه بربحه . ولأنه لو اختصّ بربح نصيبه لا استحقّ من الربح أكثر ممّا شُرِط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه . ثم قال أحمد : إذا وطىء المضارب جارية من المضاربة . فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أمّ ولده . وإن ظهر فيه ربح فهى أمّ ولده . وهذا يدلّ على أنه يملك الربح بالظهور .

٣٦٣٣ (فصـــل)

وإذا دفع إلى رجل مائة مضاربة فخسر عشرة . ثم أخذ ربُّ المال منها عشرة . فإن الخسران لا ينقص به رأسُ المال . لأنه قد يربح ، فيُجبر الخسران ، لكنّه ينقُص بما أخذه ربُّ المال . وهى العشرةُ ، وقسطُها من الخسران ، وهو درهم ، وتُسع درهم ، ويبقى رأس المال ثمانينَ ، وثمانيةَ دراهم ، وثمانية أتساع درهم ، وإن كانَ أخذ نصف التسعين الباقية بقى رأسُ المال خمسينَ لأنّه أخذ نصف المال ، فسقط نصفُ الخسران . وإن كان أخذ خمسين بقى أربعةٌ وأربعون ، وأربعة أتساع . وكذلك إذا ربح المال ، ثمّ أخذ ربُّ المال بعضه كان ما أخذه الربح ورأس المال . فلو كان رأس المال مائة ، فربح عشرين ، فأخذها ربُّ المال لبقى رأس المال ثلاثةً وثمانينَ وثلثاً ، لأنه أخذ سدُس المال ، فنقص رأسُ المال سُدُسَه ، وهو ستة عشر ، وثلثان ، وحظّها من الربح ثلاثة ، وثلث . ولو كان أخذ ستين بقى رأس المال خمسين . لأنه أخذ نصف المال ، فبقى نصف المال . وإن أخذ خمسين بقى ثمانية وخمسين وثلثا[1] لأنه أخذ ربع المال ، وسدسه ، فبقى ثلثه ، وربعه ، وهو ما ذكرنا ، وإن أخذ منه ستين ، ثم خسر فى الباقى ، فصار أربعين ، فردّها كان له على ربّ المال خمسةٌ . لأنّ ما أخذه ربُّ المال انفسخت فيه المضاربة . فلا يُجبرَ بربحه خُسران ما بقى فى يده ، لمفارقته إيّاه ، وقد أخذ من الربح عشرةً ، لأنّ سدس ما أخذه ربح ، فكانت العشرة بينهما . وإن لم يردَّ الأربعين كلّها ، بل ردّ منها إلى ربِّ المال عشرين بقى رأس المال خمسةً وعشرينَ .

٣٦٣٤ (فصـــل)

إذا اشترى ربُّ المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصحّ فى إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعىّ ، ويصحُّ فى الأخرى ، وبه قال مالك ، والأوزاعىُّ ، وأبو حنيفه : لأنه قد تعلّق حقّ المضارب به ، فجاز له شراؤه ، وكما لو اشترى من مكاتبه ، أو من عبده المأذون الذى عليه دين .

ولنا : أنه ملكه ، فلم يصحّ شراؤه له ، كشرائه من وكيله ، وعبده المأذون الذى لا دَيْن عليه . وفارق المكاتب . فإن السيّد لا يملك مافى يده ، ولهذا لا يزكّيه ، وله أخذ مافيه شفعة بها ، فأمّا المأذون له فلا يصحّ شراء سيّده منه بحال ويحتمل أن يصحّ إذا استغرقته الديون . لأن الغرماء يأخذون مافى يده . والصحيح الأول . لأنّ مِلك السيّد لم يزُل عنه ، وإن استحقّ أخذه كمال المفلس .

٣٦٣٥ (فصـــل)

وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ، ولم يظهر فى المال ربح صحّ ، نصّ عليه أحمد . وبه قال

---

(١) فى بقى ضمير يعود على رأس المال ، ولفظ ثمانية وخمسين فى موضع الحال .

باطل ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق . وحُكي ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو ثور : البيعُ باطل ، لأنه شريك .

ولنا : أنه ملك لغيره ، فصحّ شراؤه له ، كما لو اشترى الوكيل من موكّله وإنما يكون شريكاً إذا ظهر ربح ، لأنه إنّما يُشارك ربّ المال في الربح ، لا في أصل المال . ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه له ، أحد الشريكين ، على ما سنذكره .

٣٦٣٦ (فصـــــل)

وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقّه ، لأنه ملكه ، وهل يصحّ في حصّة شريكه ؟ على وجهين : بناء على تفريق الصفقة ، وتتخرّج الصحة في الجميع بناء على أن لربّ المال أن يشتريَ من مال المضاربة لنفسه ، وإن اشترى أحدُ الشريكين حصّةَ شريكه منه جاز . لأنه يشترى ملك غيره ، وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيعَ حصّته من صاحبه ، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس . وإن علما كيله فلا بدّ من كيله ، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صُبْرةً ، وإن باعه إيّاه بالكيل ، والوزن جاز .

٣٦٣٧ (فصـــــل)

ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليُحرِز فيها مال الشركة أو غرائر جاز . نصّ عليه أحمد في رواية صالح ، ، وإن استأجره لنقل الطعام ، أو غلامه أو دابّته ففيه روايتان .

إحداهما : الجواز . لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان ، كالأجنبيّ .

والأخرى . لا يجوز . لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل . ولا يمكن إيفاء العمل في المشترك . لأن نصيب المستأجر غير متميّز من نصيب المؤجِّر . فإذاً لا تجب الأجرة ، والدار ، والغرائر لا يُعتبر فيهما إيقاع العمل ، إنّما تجب بوضع العين في الدار ، فيمكن تسليم المعقود عليه .

٣٦٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا اشـــترى سلعتين فربح في إحداهما ، وخسر في الأخرى جُبرت الوضيعة من الربح ﴾

وجملته : أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين ، فاشترى بكلّ ألف عبداً ، فربح في أحدهما ، وخسر في الآخر ، أو تلف وجب جبر الخسران من الربح . ولا يستحقّ المضارب شيئاً إلاّ بعد كمال الألفين . وبهذا قال الشافعيّ ، إلا فيما إذا تلف أحد العبدين . فإن أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً : أنّ التالف من رأس المال ، لأنه بدل أحد الألفين ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال ، فكذلك بدله .

ولنا : أنه تلف بعد أن دار في القِراض ، وتصرّف في المال بالتجارة ، فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ، فاشترى به سلعتين ولأنّهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى ،

فجبر تلفها به ، كما لو كان رأس المال ديناراً . ولأنه رأس مال واحد، فلا يستحقّ المضارب فيه ربحاً ، حتى يكمل رأس المال ، كالذى ذكرنا ، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به ، والتصرّف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف . وكان رأس المال الباقى خاصّة . وقال بعض الشافعيّة : مذهب الشافعىّ، أن التالف من الربح ورأس المال الأقان معاً . لأن المال إنما يصيّره قِراضاً بالقبض . فلا فرق بين هلاكه قبل التصرّف وبعده .

ولنا : أنه مال هلك على جهته قبل التصرّف فيه ، فكان رأس المال الباقى كما لو تلف قبل القبض ، وفارق ما بعد التصرّف . لأنه دار فى التجارة ، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرّفات المؤديّة إلى الربح .

٣٦٣٩ (فصــل)

وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة ، ثم دفع إليه ألفاً آخر مضاربة ، وأذن له فى ضمّ أحدهما إلى الآخر قبل التصرّف فى الأول جاز ، وصار مضاربةً واحدةً ، كما لو دفعهما إليه مرّةً واحدةً ، وإن كان بعد التصرّف فى الأول فى شراء المتاع لم يجز . لأن حكم الأول استقرّ ، فكان ربحه ، وخسرانه مختصّاً به ، فضمّ الثانى إليه يوجب جُبران خُسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك فى الثانى فسد . فإن نَضَّ الأول جاز ضمّ الثانى إليه ، لزوال هذا المعنى . وإن لم يأذن له فى ضمّ الثانى إلى الأول لم يجز له ذلك . نصّ عليه أحمد ، وقال إسحاق : له ذلك قبل أن يتصرّف فى الأول .

ولنا أنه أفرد كلّ واحد بعقد ، فكانا عقدين ، لكلّ عقد حكم نفسه ، ولا تُجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر ، كما لو نهاه عن ذلك .

٣٦٤٠ (فصــــل)

قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يُسأل عن المضارب يربح، ويضع مِراراً. فقال : يردّ الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبُه ، ثم يردّه إليه ، فيقول : اعمل به ثانيةً ، فما ربح بعد ذلك لا تُجبر به وضيعة الأول . فهذا ليس فى نفسى منه شىء ، وأما ما لم يدفع إليه ، فحتى يحتسبا حساباً كالقبض ، كما قال ابن سيرين ، قيل : وكيف يكون حساباً كالقبض ؟ قال يظهر المال ، يعنى ينِضُّ ويجىء فيحتسبان عليه . فإن شاء صاحب المال قبضه ، قيل له : فيحتسبان على المتاع ؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناضّ . لأن المتاع قد ينحطّ سعرُه ، ويرتفع ، قال أبوطالب : قيل لأحمد : رجل دفع إلى رجل عشرةَ آلاف درهم مضاربةً ، فوضع ، فبقيت ألف ، فحاسبه صاحبها ، ثم قال له : اذهب ، فاعمل بها ، فربح ؟ قال : يُقاسمُه ما فوق الألف ، يعنى إذ كانت الألف ناضّةً حاضرةً ، إن شاء صاحبها قَبضها . فهذا الحسابُ الذى كالقبض . فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانيةٍ ، كما لو قبضها منه ، ثم ردّها إليه . فأمّا قبل

فلا شيء للمضارب ، حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو أن رب المال ، والمضارب اقتسما الربح ، أو أخذ أحدهما منه شيئاً بإذن صاحبه ، والمضاربة بحالها ، ثم سافر المضارب به ، فخسر ، كان على المضارب رد ما أخذه من الربح ، لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة .

٣٦٤١ (فصـــل)

وإذا قارض في مرضه صح . لأنه عقد يبتغى به الفضل ، فأشبه البيع والشراء . وللعامل ما شرط له من الربح ، وإن زاد على شرط مثله ، ولا يحتسب به من ثلثه . لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال ، وإنما حصل بعمل المضارب في المال . فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ، بخلاف ما لو حابى الأجير ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه . لأن الأجر يؤخذ من ماله ، ولو شرط في المساقاة ، والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه . لأن الثمرة تخرج على ملكهما . كالربح في المضاربة . واحتمل أن يكون من ثلثه . لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه ، والربح لا يخرج من عين المال ، إنما يحصل بالتقليب .

٣٦٤٢ (فصـــل)

وإذا مات رب المال . قدمنا حصة العامل على غرمائه ، ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه ، لأنه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكاً فيه ، وليس لرب المال شيء من نصيبه . فهو كالشريك بماله . ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة ، فكان مقدماً كحق الجناية ، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت . فكان أسبق . كحق الرهن .

٣٦٤٣ (فصـــل)

وإن مات المضارب ، ولم يعرف مال المضاربة بعينه ، صار ديناً في ذمته . ولصاحبه أسوة الغرماء . وقال الشافعي : ليس على المضارب شيء ، لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ، ولم يعلم حدوث ذلك بالموت : فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك .

ولنا : أن الأصل بقاء المال في يده ، واختلاطه بجملة التركة . ولا سبيل إلى معرفة عينه . فكان ديناً ، كالوديعة إذا لم تعرف عينها . ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال . لأن الأصل بقاؤه ، ولم يوجد ما يعارض ذلك ، ويخالفه ، ولا سبيل إلى إعطائه عيناً من هذا المال ، لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة. فلم يبق إلا تعلقه بالذمة .

٣٦٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال ﴾

وجملته : أن الربح إذا ظهر فى المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال ، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً . وإنّما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة :

أحدها : أن الربح وقاية لرأس المال ، فلا يأمن الخسران الذى يكون هذا الربح جابراً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربحاً .

الثانى : أن ربَّ المال شريكه ، فلم يكن له مقاسمةُ نفسه .

والثالث : أن ملكه عليه غيرُ مستقرّ . لأنه بِعَرَض أن يخرج عن يده بجُبران خسارةِ المال ، وإن أذن ربُّ المال فى أخذ شيء جاز ، لأنّ الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما .

٣٦٤٥ (فصــل)

وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، وأبى الآخرُ قدّم قول الممتنع : لأنه إن كان ربَّ المال ، فلأنه لا يأمنُ الخسرانَ فى رأس المال ، فيجبرُه بالربح . وإن كان العامل ، فإنّه لا يأمن أن يلزمه ردّ ما أخذ فى وقتٍ لا يقدرُ عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحقّ لهما، وسواء اتفقا على قسمة جميعه ، أو بعضه ، أو على أن يأخذ كلّ واحد منهما شيئاً معلوما ينفقه ، ثم متى ظهر فى المال خسران ، أو تلف كلّه لزم العاملَ ردُّ أقلِّ الأمرين ممّا أخذه ، أو نصف خُسران المال ، إذا اقتسما الربح نصفين . وبهذا قال الثوريُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز القسمة حتى يستوفى ربُّ المال ماله ، قال ابن المنذر : إذا اقتسما الربح ، ولم يقبض ربُّ المال رأس ماله . فأكثر أهل العلم يقولون : يردُّ العاملُ الربحَ حتىَ يستوفىَ ربُّ المال ماله .

ولنا : على جواز القسمة أن المال لهما . فجاز لهما أن يقتسما بعضه ، كالشريكين ، أو نقول : إنهما شريكان ، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة ، كشريكى العِنان .

٣٦٤٦ (فصــل)

والمضاربة من العقود الجائزة . تنفسخ بفسخ أحدهما أيّهما كان ، وبموته ، وجنونه ، والحجر ، عليه . لسفه . لأنه متصرّف فى مال غيره بإذنه ، فهو كالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرُّف ، وبعده . فإذا انفسخت والمال ناضّ لا ربح فيه أخذه ربّه . وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عَرْضٌ ، فاتفقا على بيعه ، أو قَسْمه جاز . لأن الحقّ لهما ، لا يعدوهما ، وإن طلب العامل البيع ، وأبى ربُّ المال ، وقد ظهر فى المال ربح أجْبِرَ ربُّ المال على البيع ، وهو قول إسحاق ، والثوريّ . لأن حقّ العامل فى الربح ، ولا يظهر إلا بالبيع . وإن لم يظهر ربح لم يُجبر . لأنه لاحقّ له فيه ، وقد رضيه مالكه كذلك ، فلم يُجبر على بيعه ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ . وقال بعضهم : فيه وجه

آخر : أنه يُجبر على البيع . لأنه ربّما زاد فيه زائد ، أو رغب فيه راغب ، فزاد على ثمن المثل . فيكون للعامل فى البيع حظّ .

ولنا : أن المضارب إنما استحقّ الربح إلى حين الفسخ ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ، ألا ترى أن المستعير إذا غرس ، أو بنى ، أو المشترى ، كان للمعير ، والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك . لأنه مستحق للأرض ، فههنا أولى ، وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مُزايد ، أو راغب على قيمته ، فإنّما حدثٌ ذلك بعد فسخ العقد ، فلا يستحقها العامل ، وإن طلب ربّ المال البيع ، وأبى العامل ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجبر العامل على البيع . وهو قول الشافعىّ . لأن عليه ردّ المال ناضًّا كما أخذه .

والثانى : لا يُجبر إذا لم يكن فى المال ربح ، أو أسقط حقَّه من الربح . لأنه بالفسخ زال تصرّفه، وصار أجنبيًّا من المال . فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحقّ ردّه ، فزالت وكالته قبل ردّه ، ولو كان رأس المال دنانير ، فصار دراهم ، أو دراهم ، فصار دنانير ، فهو كما لو كان عَرْضاً على ما شرح ، وإذا نضّ رأس المال جميعُه لم يلزم العاملَ أن ينضّ له الباقى . لأنه شركة بينهما ، ولا يلزم الشريك أن ينضّ مال شريكه . ولأنّه إنما لزمه أن ينضّ رأس المال ليردّ إليه رأس ماله على صفته ، ولا يوجد هذا المعنى فى الربح .

٣٦٤٧ (فصل)

وإن انفسخ القراض ، والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر فى المال ربح ، أو لم يظهر . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إن ظهر ربح لزمه تقاضيه . وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه . لأنه لا غرض له فى العمل ، فهو كالوكيل .

ولنا : أن المضاربة تقتضى ردّ رأس المال على صفته ، والديون لا تجرى مجرى الناضّ . فلزمه أن يُنضّه ، كما لو ظهر فى المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عَرْضاً . ويفارق الوكيل ، فإنَّه لا يلزمه ردّ المال ، كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل ، أو ربّ المال ، فإنْ اقتضى منه قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح ، أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً . لأنه إنما يستحقّ نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كلّ واحد منهما إلى حقّه منه ، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه .

٣٦٤٨ (فصل)

وأى المتقارضين مات ، أو جُنّ انفسخ القراض ، لأنه عقد جائز ، فانفسخ بموت أحدهما ، وجنونه ، كالتوكيل . فإن كان الموت ، أو الجنون ، بربّ المال ، فأراد الوارث ، أو وليّه إتمامه ، والمال ناضٌ

جاز ، ويكون رأس المال ، وحصته من الربح ، رأس المال ، وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة . وهذه الاشاعة لا تمنع ، لأن الشريك هو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، فإن كان المال عَرْضاً ، وأرادوا إتمامه ، فظاهر كلام أحمد : جوازه ، لأنه قال فى رواية على بن سعيد : إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ، ولا يشترى إلا بإذن الورثة ، فظاهر هذا : بقاء العامل على قراضه . وهو منصوص الشافعى . لأن هذا إتمامٌ للقراض لا ابتداء له . ولأن القراض إنما منع فى العروض ، لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها ، أو قيمتها ، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات . وهذا موجود ههنا ، لأن رأس المال غير العروض ، وحكمه باقٍ . ألا نرى أن للعامل أن يبيعه ، ليسلم رأس المال ، ويقسم الباقى ؟ وذكر القاضى وجهاً آخر : أنه لا يجوز . لأن القراض قد بطل بالموت . وهذا ابتداء قراض على عروض . وهذا الوجه أقيَسُ . لأن المال لو كان ناضاً كان ابتداء قراض ، وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وإن كان المال ناضاً بخسارة ، أو تلف ، كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض ، فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا ، وبناءها على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به ، وحصتهما من الربح مشتركة بينهما ، وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها ، فيما إذا كان المال ناقصاً . وهذا لا يجوز فى القراض بلا خلاف ، وكلام أحمد يُحمل على أنه يبيع ، ويشترى بإذن الورثة ، كبيعه ، وشرائه بعد انفساخ القراض ، فأما إن مات العامل ، أو جُنّ ، وأراد ابتداء القراض مع وارثه ، أو وليه . فإن كان ناضاً جاز ، كما قلنا فيما إذا مات ربُّ المال . وإن كان عَرْضاً لم يجز ابتداء القراض ، إلا على الوجه الذى يجوز ابتداء القراض على العروض ، بأن تُقوَّم العروض ، ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد . لأن الذى كان منه العمل قد مات ، أو جُنّ ، وذهب عمله ، ولم يخلف أصلاً يبنى عليه وارثه ، بخلاف ما إذا مات رب المال . فإن المال المقارَض عليه موجود ، ومنافعه موجودة . فأمكن استدامة العقد ، وبناء الوارث عليه ، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك . فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ، ولا بيع . لأن رب المال إنما رضى باجتهاد مورثه . فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه . فأما إن كان الميت رب المال ، فليس للعامل الشراء . لأن القراض انفسخ . فأما البيع فإن الحكم فيه ، وفى التقويم ، واقتضاء الدين على ما ذكرناه ، إذا فسخت المضاربة ، ورب المال حىّ

٣٦٤٩ (فصــل)

إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة ، لزوال المال الذى تعلق العقد به ، وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له . والثمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن ، أو جهل ذلك . وهل يقف على إجازة رب المال ؟ على روايتين :

إحداها : إن أجازه فالثمن عليه ، والمضاربة بحالها . وإن يُجِزْهُ لزم العامل .

والثانية : هو للعامل على كلّ حال . فإن اشترى للمضاربة شيئاً ، فتلف المال قبل نقده ، فالشراء للمضاربة ، وعقدها باق . ويلزم ربّ المال الثمن . ويصير رأس المال الثمن دون التالف . لأن الأول تلف قبل التصرّف فيه . وهذا قول بعض الشافعيّة . ومنهم من قال : رأس المال هذا ، والتالف ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن .

ولنا : أن التالف تلف قبل التصرّف فيه ، فلم يكن من رأس المال ، كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة ، فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح . ولم ينقص رأس المال بتلفه . لأنه تلف بعد التصرّف فيه ، وإن تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة ، لزوال مالها كلّه . فإن دفع إليه ربّ المال بعد ذلك ألفاً كان الألف رأس المال ، ولم يُضَمّ إلى المضاربة الأولى . لأنّها انفسخت لذهاب مالها .

٣٦٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا اتفق ربّ المال والمضارب ، على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما . كان الربح بينهما ، والوضيعة على المال ﴾

وجملته : أنه متى شرط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، فالشرط باطل . لا نعلم فيه خلافاً ، والعقد صحيح . نصّ عليه أحمد . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك . وروى عن أحمد : أن العقد يفسُد به . وحكى ذلك عن الشافعيّ . لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة ، كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم . والمذهب الأول .

ولنا : أنه شرط لا يؤثّر في جهالة الربح ، فلم يفسُد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويُفارق شرط الدراهم . لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصّة كلٍّ واحد منهما في الربح مجهولةً .

٣٦٥١ (فصـــــل)

والشروط في المضاربة تنقسم قسمين : صحيح ، وفاسد .

فالصحيح : مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يُسافر به ، أو لا يتّجر إلا في بلد بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشتري إلا من رجل بعينه . فهذا كلّه صحيح ، سواء كان هذا النوع مما يعمُّ وجوده ، أو لا يعمّ ، والرجل ممّن يكثُر عنده المتاعُ أو يقلُّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعيّ : إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه ، أو سلعةً بعينها ، أو ما لا يعمّ وجوده ، كالياقوت الأحمر ، والخيل البُلْق[1] . لم يصحّ . لأنه يمنع مقصود المضاربة ، وهو التقليب ، وطلب الربح . فلم يصحّ ، كما لو اشترط أن لا يبيع ، ويشتري إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به .

(١) البلق : التي تجمع بين السواد والبياض .

ولنا : أنها مضاربة خاصّة : لا تمنع الربح بالكلية . فصحّت ، كما لو شرط أن لا يتجرّ إلا فى نوع يعمّ وجوده . ولأنه عقد يصحّ تخصيصه بنوع . فصحّ تخصيصه فى رجل بعينه ، وسلعة بعينها ، كالوكالة ، وقولهم: إنه يمنع المقصود : ممنوع، وإنما يقلّله ، وتقليله لا يمنع الصحّة ، كتخصيصه بالنوع . ويُفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال . فإنه يمنع الربح بالكلية . وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتر إلا من فلان . فإنه يمنع الربح أيضاً . لأنه لا يشترى ما باعه إلاّ بدون ثمنه الذى باعه به . ولهذا لو قال : لا تبع إلا ممن اشتريت منه . لم يصحّ، لذلك .

٣٦٥٢ (فصـــــــل)

ويصحّ تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هـذه الدراهم سنةً . فإذا انقضت فلا تبع ، ولا تشتر ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفاً مضاربة شهراً ؟ قال : إذا مضى شهر يكون قرضاً ، قال : لا بأس به . قلت : فإن جاء الشهر وهى متاع ؟ قال : إذا باع المتـاع يكون قرضاً ، وقال أبو الخطّاب : فى صحة شرط التأقيت روايتان :

إحداهما : هو صحيح ، وهو قول أبى حنيفة .

والثانية : لا يصحّ ، وهو قول الشافعىّ ، ومالك . واختيار أبى حفص العُكبرِىّ لثلاثة معان :

أحدها : أنه عقد يقع مطلقاً . فإذا شرط قطعه لم يصحّ كالنـكاح .

الثانى : أن هذا ليس من مقتضى العقد ، ولا له فيه مصلحة ، فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد : أنه يقتضى أن يكون رأس المال ناضًّا . فإذا منعه البيع لم ينضّ .

الثالث : أن هذا يؤدّى إلى ضرر بالعامل . لأنه قد يكون الربح ، والحظّ فى تبقية المتـاع ، وبيعه بعد السنة . فيمتنع ذلك بمضيّها .

ولنا . أنه تصرّف يتوقت بنوع من المتاع . فجاز توقيته فى الزمان ، كالوكالة ، والمعنى الأول الذى ذكروه يبطل بالوكالة ، والوديعة ، والمعنى الثانى والثالث : يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع . لأن لربّ المال منعه من البيع ، والشراء فى كلّ وقت ، إذا رضى أن يأخذ بماله عَرْضاً . فإذا شرط ذلك فقد شرط ماهو من مقتضى العقد ، فصحّ ، كما لو قال : إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً . وقد سلّموا صحّة ذلك .

٣٦٥٣ (فصـــــــل)

وإذا اشترط المضارب نفقـةَ نفسه صحّ ، سواء كان فى الحضَر ، أو السفر . وقال الشافعىّ : لا يصحّ فى الحضر .

ولنا : أن التجارة فى الحضر إحدى حالتى المضاربة . فصحّ اشتراط النفقة فيها كالسفر . ولأنه شرط النفقة فى مقابلة عمله فصحّ ، كما لو اشترطها فى الوكالة .

٣٦٥٤ (فصـــــل)

والشروط الفاسدة : تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

أحدها : ماينافى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدّة بعينها،أو لا يبيع إلا برأس المال ، أو أقل ، أو لا يبيع إلاّ ممن اشترى منه . أو شرط ألا يشترى ، أو لا يبيع ، أو أن يوليّه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك . فهذه شروط فاسدة . لأنها تُفوّت المقصود من المضاربة ، وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل

القسم الثانى : ما يعود بجهالة الربح . مثل أن يشترط المضارب جزءاً من الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكيسين، أو أحد الألفين ، أو أحد العبدين ، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح فى هذا الشهر، أو أن حقّ أحدهما فى عبد يشتريه ،أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقّه أو ببعضه ، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبيّ ، فهذه شروط فاسدة . لأنها تُفضى إلى جهل حقّ كلّ واحد منهما من الربح ، أو إلى فواته بالكلّية ، ومن شرط المضاربة : كون الربح معلوماً .

القسم الثالث : اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ، ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر ، أو يأخذه بضاعةً ، أو قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء بعينه ، أو يرتفق ببعض السلع ، مثل أن يلبس الثوب ، ويستخدم العبد ، ويركب الدابّة ، أو يشترط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحقُّ بها بالثمن ، أو شرط المضارب على ربّ المال شيئاً من ذلك . فهذه كلّها شروط فاسدة . وقد ذكرنا كثيراً منها فى غير هذا الموضع مُعلّلا ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة ، لأن الفساد لمعنىً فى العِوض المعقود عليه ، فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمراً ، أو خنزيراً . ولأنّ الجهالة تمنع من التسليم ، فتُفْضى إلى التنازع والاختلاف . ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب .

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه : أن العقد صحيح . ذكره عنه الأثرم وغيره ، لأنه عقد يصحُّ على مجهول . فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح ، والعتاق ، والطلاق ، وذكر القاضى ، وأبوالخطاب روايةً أخرى : أنّها تُفسد العقد . لأنه شرط فاسد . فأفسد العقد. كشرط دراهمَ معلومةٍ ، أو شرط أن يأخذ له بضاعةً . والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة سواء .

٣٦٥٥ (فصـــــل)

وفى المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة .

٣٦٥٦ أحدها : أنه إذا تصرّف نفذ تصرّفه . لأنه أذن له فيه . فإذا بطل العقد بقى الإذن ، فملك به التصرّف كالوكيل .

فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ، ثم تصرّف فيه لم ينفُذ تصرّفه ، مع أن البائع قد أذن له فى التصرّف .

قلنا : لأن المشترى يتصرّف من جهة الملك لا بالإذن . فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له . فإذا لم يملك لم يصحّ . وههنا أذن له ربّ المال فى التصرّف فى ملك نفسه ، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط فى مقابلة الإذن . لأنه أذن له فى تصرّف يقع له .

٣٦٥٧ الفصل الثانى : أن الربح جميعه لربّ المال . لأنه نماء ماله وإنّما يستحقّ العامل بالشرط . فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط . فلم يستحقّ منه شيئاً . وكان له أجر مثله . نصّ عليه أحمد . وهو مذهبُ الشافعىّ . واختار الشريف أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه . واحتجّ بما رُوى عن أحمد أنّه قال : إذا اشتركا فى العُروض قسّم الربح على شرطاه . قال : وهذه الشركة فاسدة . واحتجّ بأنه عقد يصحّ مع الجهالة . فيثبت المسمّى فى فاسده ، كالنكاح . قال : ولا أجر له . وجعل أحكامها كلّها كأحكام الصحيحة . وقد ذكرنا هذا . قال القاضى ، أبو يعلى : والمذهبُ ما حكينا . وكلام أحمد محمول على أنه صحّح الشركة بالعروض ، وحُكى عن مالك : أنه يرجع إلى إقراض المثل . وحُكى عنه إن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا : أنه إن ربح فله الأقلّ مما شرط له ، أو أجرُ مثله . ويحتمل أن يثبت عندنا مثلُ هذا . لأنه إذا كان الأقلّ ما شرط له فقد رضى به . فلا يستحقّ أكثر منه ، كما لو تبرّع بالعمل الزائد .

ولنا : أن تسمية الربح من توابع المضاربة ، أو ركن من أركانها . فإذا فسدت فسدت أركانها ، وتوابعها ، كالصلاة ، ولا نسلم فى النكاح وجوب المسمّى إذا كان العقد فاسداً . وإذا لم يجب له المسمّى وجب أجرُ المثل . لأنه إنما عمل ليأخذ المسمّى . فإذا لم يحصل له المسمّى وجب ردّ عمله إليه . وذلك متعذّر ، فتجب قيمته ، وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً ، وتقابضا ، وتلف أحد العِوضين فى يد القابض له ، وجب ردّ قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر فى المال ربح أو لم يظهر ، فأمّا إن رضى المضارب بالعمل بغير عِوض مثل أن يقول : قارضتك والربح كلّه لى . فالصحيح أنه لا شىء للمضارب ههنا . لأنه تبرّع بعمله . فأشبه ما لو أعانه فى شىء أو توكّل له بغير جُعْلٍ ، أو أخذ له بضاعة .

٣٦٥٨ الفصل الثالث: في الضمان. ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدّيه، وتفريطه، لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً في فاسده، وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يُضمن في فاسده. وبهذا قال الشافعيّ. وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

ولنا: أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه. فلم يضمنه في فاسده، كالوكالة. ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمنُ سكنى ما تلف بغير تعدّيه، ولا فعله. فكذا ههنا. وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا.

٣٦٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذي عليك ﴾

نص أحمد على هذا، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفاً، قال ابن المنذر: أجمع كلّ من تحفظ عنه من أهل العلم أنَّ لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربةً. وممَّن حفظنا ذلك عنه عطاء، والحكم، وحمَّاد، ومالك، والثوريّ، وإسحق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وبه قال الشافعيّ، وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصحّ المضاربة، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن ربّ المال، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه، فتبرأ ذمّته منه، ويصير كما لو دفع إليه عَرْضاً، وقال: بعه وضارب بثمنه، وجعل أصحاب الشافعيّ مكان هذا الاحتمال أن الشراء لربّ المال، والمضارب أجرُ مثله، لأنه علّقه بشرط، ولا يصحّ عندهم تعليق القِراض بشرط، والمذهبُ هو الأول. لأن المال الذي في يدى من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض ههنا، وإن قال له: اعزل المال الذي لى عليك، وقد قارضتك عليه، ففعل، واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة، وقع الشراء للمشترى، لأنه يشترى لغيره بمال نفسه، فحصل الشراء له، فإن اشترى في ذمته، فكذلك، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال.

٣٦٦٠ (فصل)

وإن قال لرجل: اقبض المال الذي على فلان، واعمل به مضاربة، فقبضه، وعمل به جاز في قولهم جميعاً، ويكون وكيلًا في قبضه، مؤتَمناً عليه، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره، فجاز أن يجعله مضاربةً، كما لو قال: اقبض المال من غلامي وضارب به، قال مهنا، سألت أحمد عن رجل قال: أقرضني ألفاً شهراً، ثم هو بعد الشهر مضاربة؟ قال: لا يصلح، وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه. وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يُضارب بالدين الذي عليه. ولو قال: ضارب به شهراً، ثم خذه قرضاً جاز. لما ذكرنا فيما تقدم.

٣٦٦١ ﴿ فصـــل ﴾

ومن شرط المضاربة : أن يكون رأس المال معلوم المقدار . ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزافاً ، ولو شاهداه . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : يصحّ إذا شاهداه ، والقول قول العامل مع يمينه فى قدره ، لأنه أمين ربّ المال . والقول قوله فيما فى يديه ، فقام ذلك مقام المعرفة به .

ولنا : أنه مجهول، فلم تصحّ المضاربة به ، كما لو لم يشاهداه . وذلك لأنه لا يدرى بكم يرجع عند المفاصلة ؟ ولأنه يُفضى إلى المنازعة ، والاختلاف فى مقداره ، فلم يصحّ ، كما لو كان فى الكيس . وما ذكروه يبطُل بالسَّلَم ، وبما إذا لم يشاهداه .

٣٦٦٢ (فصـل)

ولو أحضر كيسين فى كلّ واحد منهما مال معلوم المقدار ، وقال: قارضتك على أحدهما لم يصحّ ، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف ، لأنه عقد تمنع صحّته الجهالة . فلم يجز على غير معيَّن كالبيع .

٣٦٦٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : وإن كان فى يده وديعة جاز له أن يقول : ضارب بها .

وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن : لا يجوز حتى يقبضها منه ، قياساً على الدين .

ولنا : أن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرةً، فقال : قارضتك على هذا الألف ، وأشار إليه فى زاوية البيت ، وفارق الدين . فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغريم إلاّ بقبضه ، ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه ، وصارت فى الذمّة لم يجُز أن يضاربه عليها ، لأنها صارت ديناً .

٣٦٦٤ (فصـل)

ولو كان فى يد غيره مال مغصوب ، فضارب الغاصب به ، صحّ أيضاً لأنه مال لربّ المال ، يُباح له بيعُه من غاصبه ، ومن يقدر على أخذه منه . فأشبه الوديعة . وإن تلف وصار فى الذمة لم تجز المضاربة به . لأنه صار ديناً، ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرَّد عقد المضاربة ، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال القاضى : لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً . وهو مذهب الشافعىّ . لأن القراض لا ينافى الضمان ، بدليل ما لو تعدّى فيه .

ولنا : أنه ممسك للمال بإذن مالكه ، لا يختصّ بنفعه ، ولم يتعدَّ فيه . فأشبه مالو قبضه إياه .

٣٦٦٥ (فصل)

والعامل أمين فى مال المضاربة . لأنه متصرّف فى مال غيره بإذنه ، لا يختصّ بنفعه . فكان أميناً ، كالوكيل . وفارق المستعير ، فإنّه قبضه لمنفعته خاصّة ، وههنا المنفعة بينهما ، فعلى هذا القول قوله فى قدر رأس المال . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنهم من أهل العلم : أنّ القول قول العامل فى قدر رأس المال ، كذا قال الثورىّ ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . وبه نقول : ولأنه يدّعى عليه قبض شىء وهو ينكره . والقول قول المنكر . وكذلك القول قوله فيما يدّعى من تلف المال ، أو خسارة فيه . وما يدّعى عليه من خيانة وتفريط ، وفيما يدّعى أنه اشتراه لنفسه ، أو للمضاربة . لأن الاختلاف ههنا فى نيته ، وهو أعلم بما نواه ، لا يطّلع على ذلك أحدٌ سواه . فكان القول قوله فيما نواه . كما لو اختلف الزوجان فى نية الزوج بكناية الطلاق ، ولأنه أمين فى الشراء . فكان القول قوله ، كالوكيل . ولو اشترى عبدا ، فقال ربُّ المال : كنتُ نهيتُك عن شرائه ، فأنكر العامل ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم النهى ، وهذا كلّه لا نعلم فيه خلافا .

٣٦٦٦ (فصل)

وإن قال : أذنت لى فى البيع نسيئة ، وفى الشراء بعشرةٍ ، قال : بل أذنت لك فى البيع نقداً . وفى الشراء بخمسة . فالقول قولُ العامل . نصّ عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة : ويحتمل أن القول قولُ ربّ المال . وهو قول الشافعىّ . لأن الأصل عدم الإذن . ولأن القول قول ربّ المال فى أصل الإذن . فكذلك فى صفته .

ولنا : أنهما اتفقا على الإذن ، واختلفا فى صفته . فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيتُك عن شراء عبد ، فأنكر النهى .

٣٦٦٧ (فصل)

وإن قال : شرطتَ لى نصف الربح ، فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه روايتان :

إحداها : القولُ قول ربِّ المال . نصّ عليه فى رواية ابن المنصور ، وسندى . وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المبارك ، وابن المنذر . لأن ربَّ المال يُنكر السدُس الزائد ، واشتراطه له . والقولُ قول المنكر .

والثانية : أن العامل إذا ادَّعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله . وإن ادَّعى أكثر فالقولُ قوله فيما وافق أجر المثل . وقال الشافعىّ : يتحالفان ، لأنهما اختلفا فى عِوض عقد ، فيتحالفان كالمتبايعين .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « وَلَـكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ولأن الاختلاف فى المضاربة ، فلم يتحالفا كسائر ما قدّمنا اختلافهما فيه . والمتبايعان يرجعان إلى رءوس أموالهما ، بخلاف ما نحن فيه .

٣٦٦٨ (فصـل)

وإن ادّعى العامل ردّ المال ، فأنكر ربُّ المال . فالقول قول ربّ المال مع يمينه . نصّ عليه أحمد . ولأصحاب الشافعىّ وجهان .

أحدهما : كقولنا .

والآخر : يُقبل قوله . لأنه أمين . ولأن معظم النفع لربّ المال فالعامل كالمودع .

ولنا : أنه قبض المال لنفع نفسه . فلم يقبل قوله فى الرّد كالمستعير . ولأن ربّ المال مُنكر والقول قول المنكر . وفارق المودَع . فإنه لا نفع له فى الوديعة ، وقولهم : إن معظم النفع لربّ المال : يمنعه ، وإن سلّم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ، ولم يأخذه لنفع ربّ المال .

٣٦٦٩ (فصـل)

وإن قال : ربحتُ ألفاً ، ثم قال : خسرتُ ذلك قُبل قوله . لأنه أمين يقبل قوله فى التلف ، فقُبل قوله فى الخسارة . كالوكيل . وإن قال : غلطتُ أو نسيتُ لم يُقبل قوله . لأنه مُقرّ بحقّ لآدمىّ . فلم يقبل قوله فى الرجوع ، كما لو أقر بأن رأس المال ألف ، ثم رجع . ولو أن العامل خسر ، فقال لرجل : أقرضنى ما أتمّم به رأس المال ، لأعرضه على ربّه . فإنى أخشى أن ينزعه منّى إن علم بالخسارة ، فأقرضه ، فعرضه على ربِّ المال ، وقال : هذا رأس مالك ، فأخذه ، فله ذلك . ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع . ولا تُقبل شهادة المقرض له . لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً . وليس له مطالبة ربِّ المال . لأن العامل ملكه بالقرض ، ثم سلّمه إلى ربّ المال ، ولكن يرجع المقرض على العامل لاغيرُ .

٣٦٧٠ (فصـل)

وإذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قِراضاً على النصف ، فنضّ المالُ ، وهو ثلاثة آلاف . وقال ربّ المال : رأس المال ألفان ، فصدّقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف . فالقول قول المنكر مع يمينه ، فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان . فنصيبُه منهما خمسمائة ، يبقى ألفان وخمسمائة ، يأخذ ربّ المال ألفين . لأن الآخر يصدّقه ويبقى خمسمائة ربحاً بين ربّ المال ، والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثاً : لربّ المال ثلثاها ، وللعامل ثلثها ، مائة وستة وستون ، وثلثان ، ولربّ المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث . لأن نصيب ربّ المال من الربح نصفه . ونصيب هذا العامل ربعه . فيقتسم بينهما باقى الربح على ثلاثة ، وما أخذه

الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما ، والتالف يُحسب فى المضاربة من الربح . وهـذا قول الشافعىّ .

٣٦٧١ (فصــــل)

وإن دفع إلى رجل ألفاً يتّجر فيه ، فربح . فقال العامل: كان قرضاً لى ربحُه كلّه ، وقال ربّ المال: كان قِراضاً فربحُه بيننا . فالقولُ قولُ ربّ المال ، لأنه مِلْكُه ، فالقول قوله فى صفة خروجه عن يده، فإذا حلف قسّمنا الربح بينهما ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله . لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فربّ المال معترف له به ، وهو يدّعى الربح كلّه . وإن كان أجر مثله أكثر . فالقول قوله فى عمله مع يمينه . كما أن القول قول ربّ المال فى ربح ماله . فإذا حلف قُبل قوله فى أنّه ما عمل بهذا الشرط ، وإنّما عمل لغرض لم يسلم له . فيكون له أجر المثل ، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنةً بدعواه ، فنصّ أحمد فى رواية مهنا : أنّهما يتعارضان ، ويقسّم الربح بينهما نصفين ، وإن قال ربّ المال : كان بضاعةً ، وقال العامل : بل كان قِراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل . لأن عمله له ، فيكون القولُ قوله فيه ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أقلّ الأمرين من نصيبه من الربح ، أو أجر مثله ، لأنه لا يدّعى أكثر من نصيبه من الربح . فلا يستحقّ زيادة عليه . وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قِراضاً ، فيكون له أجرُ عمله ، وإن قال ربّ المال : كان بضاعةً ، وقال العامل : كان قرضاً . حلف كلّ واحد منهما على إنكار ما أدّعاه خَصْمه ، وكان له أجر عمله لا غيرُ ، وإن خسر المال ، أو تلف ، فقال ربّ المال : كان قرضاً ، وقال العامل : كان قِراضاً ، أو بضاعةً ، فالقولُ قول ربّ المال .

٣٦٧٢ (فصــــل)

وإذا اشترط المضارب النفقة ، ثم ادّعى أنه إنما أنفق من ماله ، وأراد الرجوع ، فله ذلك ، سواء كان المال باقياً فى يديه ، أو قد رجع إلى مالكه ، وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان المال باقياً فى يديه ، وليس له ذلك إذا كان بعد ردّه .

ولنا : أنه أمين ، فكان القول قوله فى ذلك ، كما لو كان باقياً فى يده ، وكالوصىّ إذا ادّعى النفقة على اليتيم .

٣٦٧٣ (فصــــل)

إذا كان عبد بين رجلين ، فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف ، وقال : لم أقبض ثمنه ، وادعى المشترى أنه قبضه ، وصدّقه الذى لم يبع برىء المشترى من نصف ثمنه ، لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقّه ،

فبرئ المشترى منه ، كما لو أقر أنه قبضه بنفسه ،وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه ، والمشترى، فإن خاصمه شريكه ، وادّعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن ، فأنكر.فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن للمدّعى بيّنه . وإن كانت له بيّنه قضى بها عليه . ولا تقبل شهادة المشترى له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . وإن خاصم البائع المشترى ، فادّعى المشترى أنه دفع إليه الثمن ،وأنكر البائع. فالقول قوله مع يمينه. لأنه مُنكر. فإذا حلف أخذ من المشترى نصف الثمن ، ولا يشاركه فيه شريكه . لأنّه معترف أنه يأخذه ظلماً فلا يستحقّ مشاركته فيه ، وإن كانت للمشترى بيّنة حكم بها . ولا تقبل شهادة شريكه عليه . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . ومن شهد بشهادة تجرّ إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته فى الكلّ ، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشترى أو بعدها ، وإن ادّعى المشترى أن شريك البائع قبض الثمن منه ، فصدّقه البائع نظرتَ ، فإن كان البائع أذن لشريكه فى القبض فهى كالتى قبلها . وإن لم يأذن له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن البائع لم يوكّله فى القبض ، فقبضه له . لا يلزمه ، ولا يبرأ المشترى منه ، كما لو دفعه إلى أجنبىّ . ولا يقبل قول المشترى على شريك البائع . لأنه يُنكره ، وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غيرُ . لأنه مقرّ أنّ شريكه قبض حقّه . ويلزم المشترى دفع نصيبه إليه ، ولا يحتاج إلى أمين ، لأن المشترى مقرّ ببقاء حقّه . وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمّته . فإذا قبض حقّه فلشريكه مشاركته فيما قبض . لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد . فماقبض منه يكون بينهما ، كما لو كان ميراثاً . وله أن لا يشاركه ، ويطالب المشترى بحقّه كلّه ،ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض . لأن كلّ واحد منهما يستحقّ ثمن نصيبه الذى ينفرد به . فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه ، كما لو باع كلّ واحد منهما نصيبه فى صفقة . ويخالف الميراث . لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعّض ، فلم يكن للورثه تبعيضُه . وههنا يتبعض . لأنه إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين . ولأن الوارث نائبٌ عن الموروث فكان ما يقبضه الموروث يشترك فيه جميع الورثة . بخلاف مسألتنا . فإنّ ما يقبضه لنفسه . فإن قلنا : له مشاركته فيما قبض ، فعليه اليمين : أنّه لم يستوف حقّه من المشترى ، ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ، ويطالب المشترى بقيّة حقّه إذا حلف له أيضاً : أنّه ما قبض منه شيئاً ، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشترى بعوض ما أخذ منه لأنه مقرّ أنّ المشترى قد برئت ذمّته من حقّ شريكه . وإنما أخذ منه ظلماً ، فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره . وإن خاصم المشترى شريك البائع فادّعى عليه أنه قبض الثمن منه . فكانت له بيّنة حكم بها . وتُقبل شهادة البائع له ، إذا كان عدلاً ، لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً . لأنه إذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشىء . لأنه ليس بوكيل له فى القبض ، فلا يقع قبضه له . هكذا ذكره بعض أصحابنا . وعندى لا تُقبل شهادته له . لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشترى . وإذا لم تكن بيّنة ، حلف أخذ من المشترى نصف الثمن ، وإن نكل أخذ المشترى منه نصفه .

٣٦٧٤ (فصــل)

وإذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما ، بأن يستولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقةً واحدةً . صحّ فى نصيب المالك . وبطل فى نصيب الغاصب . وإن وكّل الشريك الغاصبَ ، أو وكّل الغاصبُ الشريك فى البيع ، فباع العبدَ كله صفقةً واحدةً . بطل فى نصيب الغاصب فى الصحيح . وهل يصحّ فى نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناءً على تفريق الصفقة . لأن الصفقة ههنا وقعت واحدةً . وقد بطل البيع فى بعضها ، فيبطل فى سائرها . بخلاف ما إذا باع المالكُ والغاصبُ . فإنهما عقدان . لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . ولو أن الغاصب ذكر للمشترى أنه وكّل فى نصفه لصلح فى نصيب الآذن ، لكونه كالعقد المنفرد .

٣٦٧٥ (فصــل)

وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد إما عقد ، أو ميراث ، أو استهلاك ، أو غيره . فقبض أحدهما منه شيئاً ، فللآخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب ، وقد روى عن أحمد ما يدلّ على أنّ لأحدهما أن يأخذ حقّه دون صاحبه ، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه . وهو قول أبى العالية ، وأبى قِلابة ، وابن سيرين ، وأبى عُبَيد ، قيل لأحمد : بعتُ أنا وصاحبى متاعاً بينى وبينه ، فأعطانى حقّى ، وقال : هذا حقُّك خاصّةً ، وأنا أُعطى شريكك بعد ؟ قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخّره أو أبرأه من حقّه دون صاحبه ؟ قال : يجوز . قيل : فقد قال أبو عُبَيد : له أن يأخذ دون صاحبه ، إذا كان له أن يؤخِّر ، ويبرئه دون صاحبه ؟ ففكّر فيها ثم قال : هذا يشبه الميراث ، إذا أَخذَ منه بعضُ الورثة دون بعض . وقد قال ابن سيرين ، وأبو قِلابَة ، وأبو العالية : من أخذ شيئاً فهو من نصيبه . قال : فرأيته قد احتجّ له وأجازه . قال أبو بكر : العملُ عندى على مارواه حربٌ ، وحنبل : أنه لايجوز . وهوالصحيح . وقدصرّح به أحمد فى أول هذه الرواية . ولم يصرّح بالرجوع عمّا قاله . وذلك لأنه لايجوز أن يكون نصيب القابض ماأخذه لما فى ذلك من قسمة الدين فى الذمّة من غير رِضَى الشريك . فيكون المأخوذ ، والباقى جميعاً مشترَكاً ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كان باقياً فى يده ، أو أخرجه عنها برهن ، أو قضاء دين ، أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم . لأنّ الحق ، يثبت فى ذمّته لهما على وجه سواء . فليس له تسليم حقّ أحدهما إلى الآخر . فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشىء ، لأن حقّه يثبت فى أحدالمحلّين . فإذا اختار أحدهما سقط حقُّه من الآخر ، وليس للقابض منعهُ من الرجوع على الغريم ، بأن يقول : أنا أعطيك نصف ما قبضت ، بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض . فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله ، وإن هلك المقبوض فى يد القابض تعيَّن حقُّه فيه ، ولم يضمنه للشريك . لأنه قدر حقّه فيما

تعدّى بالقبض ، وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً ، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقّه برىء منه . لأنه بمنزلة تلفه . ولا يرجع عليه غريمُه بشيء ، وإن أبرأ أحدهما من عُشر الدين ، ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقّيهما في الباقي . المبرىء أربعة أتساعه ، ولشريكه خمسة أتساعه ، وإن قبضا نصف الدين ثمّ أبرأ أحدهما من عشر الدين كلّه نفذت براءته في خمس الباقي . وما بقي بينهما على ثمانية : للمبرىء ثلاثة أثمانه ، وللآخر خمسة أثمانه . فما قبضاه . بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر إبطال الشراء ، فإن بذل له المشترى نصف الثوب ، ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك ، وإن أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضوليّ ، هل يقف على الإجازة أولا ؟ وإن أخّر أحدهما حقّه من الدين جاز ، فإنه لو أسقط حقّه جاز ، فتأخيره أولى ، فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي . والأولى: أنّ له الرجوع . لأن الدين الحال لا يتأجّل بالتأجيل . فوجود التأجيل كعدمه ، فأمّا إن قلنا بالرواية الأخرى ، وأن ما قبضه أحدُهما له دون صاحبه ، فوجهها أن ما في الذمّة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه ، أو وكيله . وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ، ولا لوكيله ، فلا يثبت له فيه حقّ . وكان لقابضه ، لثبوت يده عليه بحقّ ، فأشبه ما لو كان الدين بسببين ، وليس هذا قسمة الدين في الذمّة . وإنما تعيّن حقّه بقبضه ، فأشبه تعيينه بالإبراء ، ولأنه لو كان لغير القابض حقٌّ في المقبوض لم يسقط بتلفه ، كسائر الحقوق ، ولأن هذا القبض لا يخلو : إمّا أن يكون بحقّ أو بغير حقّ . فإن كان بحقّ لم يشارك غيره فيه ، كما لو كان الدين بسببين . وإن كان بغير حقّ لم يكن له مطالبته ، لأن حقّه في الذمة ، لا في العين ، فأشبه ما لو أخذ غاصب منه مالاً ، فعلى هذا ما قبضه القابض ، يختصّ به دون شريكه . وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صحّ . ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقّه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم ممّا زاد على حقّه .

٣٦٧٦ (فصـــــــل)

واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذمم ، فنقل حنبل منع ذلك ، وهو الصحيح ، لأنّ الذّمم لا تتكافأ ، ولا تتعادل ، والقسمة تقتضي التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهي بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين ، فعلى هذا لو تقاسما ، ثم تَوِيَ[1] بعضُ المال ، رجع من تَوِيَ مالُه على من لم يَتْوَ ، وبهذا قال ابن سيرين ، والنخَعيّ ، ونقل حرب جواز ذلك . لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كما لو اختلفت الأعيان . وبه قال الحسن ، وإسحاق ، فعلى هذا لا يرجع من تَوِيَ مالُه على من لم يَتْوَ ، إذا أبرأ كلّ واحد صاحبه .

(١) توى : بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك .

وهذا إذا كان فى ذِمَم . فأمَّا فى ذمَّة واحدة فلا تمكن القسمة ، لأن معنى القسمة إفرازُ الحقّ . ولا يتصوَّر ذلك فى ذمَّة واحدة ، والله أعلم .

٣٦٧٧ (فصول فى العبد المأذون له)

يجوز أن يأذن السيِّد لعبده فى التِّجارة بغير خلاف نعلمه . لأن الحجر عليه إنما كان لحقّ سيِّده . فجاز له التصرّف بإذنه ، وينفكّ عنه الحجر فى قدر ما أذن له فيه . لأن تصرّفه إنما جاز بإذن سيِّده . فزال الحجر فى قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فإن دفع إليه مالاً يتّجر به ، كان له أن يبيع ، ويشترىَ ، ويتّجر فيه . وإن أذن له أن يشترىَ فى ذمَّته جاز . وإن عيَّن له نوعاً من المال يتَّجر فيه جاز ، ولم يكن له التجارة فى غيره . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتَّجر فى غيره ، وينفكّ عنه الحجر مُطلقاً ، لأن إذنه إطلاق من الحجر ، وفكّ له ، والإطلاق لا يتبعَّض ، كبلوغ الصبىّ .

وَلنا : أنه متصرّف بالإذن من جهة الآدمىّ ، فوجب أن يختصّ ما أذن له فيه ، كالوكيل ، والمضارب . وما قالهُ ينقض بما إذا أذن له فى شراء ثوب ليلبسه . أو طعام ليأكله . ويخالف البلوغ . فإنه يزول به المعنى الموجِب للحجر . فإن البلوغ مَظِنَّة كمال العقل الذى يتمكَّن به من التصرّف على وجه المصلحة ، وههنا الرقّ سبب الحجر ، وهو موجود ، فنظير البلوغ فى الصبىِّ العتقُ للعبد ، وإنَّما يتصرّف العبد بالإذن . ألا ترى أن الصبىّ يستفيد بالبلوغ قبولَ النكاح ، بخلاف العبد ؟

٣٦٧٨ (فصل)

وإذا أذن له فى التجارة لم يجُز له أن يؤجِّر نفسه ولا يتوكّل لإنسان ، وبه قال الشافعىّ ، وأباحهما أبو حنيفة . لأنه يتصرّف لنفسه ، فملك ذلك ، كالمكاتب .

ولنا : أنه عقد على نفسه ، فلا يملكه بالإذن فى التجارة ، كبيع نفسه ، وتزوّجه . وقولهم : إنه يتصرّف لنفسه ممنوع ، بل يتصرّف لسيده ، وبهذا فارق المكاتب يتصرّف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيّده .

٣٦٧٩ (فصل)

وإذا رأى السيّد عبده يتّجر ، فلم ينهه لم يصر مأذوناً له ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يصير مأذوناً له . لأنه سكت عن حقِّه . فكان مُسقِطاً له ، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة .

ولنا : أنه تصرّف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن الرهن ، والمرتهنُ ساكت ، أو باعه المرتهنُ ، والراهنُ ساكت ، وكتصرّفات الأجانب . ويخالف الشفعة . فإنها تسقُط بمضىّ الزمان إذا علم ، لأنّها على الفور .

٣٦٨٠ (فصل)

ولا يبطل الإذن بالإباق ؛ وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يبطل . لأنه يُزيل به ولايةَ السيّد عنه في التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ، ولا هِبَته ، ولا رهنه ، فأشبه مالو باعه .

ولنا : أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له في التجارة ، فلم يمنع استدامته ، كالو غصبه غاصب،أوحبس بدين عليه ، وعلى غيره،وما ذكروه غير صحيح.فإن سبب الولاية باقٍ ، وهو الرقّ ، ويجوز بيعه،وإجارته ممّن يقدر عليه ، ويبطل بالمغصوب .

٣٦٨١ (فصل)

ولا يجوز للمأذون التبرّع بهبة الدراهم ، ولا كسوة الثياب . وتجوز هبته المأكول ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، مالم يكن إسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيّ : لايجوز شيء من ذلك بغير إذن سيّده . لأنه تبرّع بمال مولاه ؛ فلم يجز كهبة دراهمه .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « كانَ يجيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ » وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد « أنهُ تزَوَّجَ . فَحَضَرَ دَعوَتَهُ أناسٌ مِنْ أصْحابِ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، منهم عبدُ الله بن مسعود ، وحُذَيْفَةُ ،وأبو ذرّ ، فأمَّهم ؛ وهو يومئذٍ عبدٌ » رواه صالح في مسائله بإسناده ، ولأن العادة جارية بهذا بين التجَّار ، فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بِكِسرة الخبز من بيت زَوْجها .

كتاب الوكالة

وهى جائزة بالكتاب ، والسنّة ، والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : (٩ : ٦٠ إِنَّما الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا) فجوّز العمل عليها . وذلك بحكم النيابة عن المستحقّين . وأيضاً قوله تعالى (١٨ : ١٩ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً ، فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ) وهذه وكالة . وأما السنّة : فروى أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجة عن الزبير ابن الخرِّيت ، عن أبى لَبِيدٍ لمازة بن زَبّار ، عن عُرْوَة بن الجَعْدِ ، قال « عَرَضَ لِلنبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَلَبٌ فَأَعْطَانِى دِينَاراً . فقَالَ : يا عُروة ، ائْتِ الجَلَبَ فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً . قال : فَأَتَيْتُ الجَلَبَ فَسَاوَمْتُ صَاحِبَه . فاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ . فجِئْتُ أَسُوقُهُما ، أو أَقُودُهما . فَلَقِيَنِى رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِى فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالدِّينَارِ وَ بالشَّاةِ . فقلتُ : يَا رَسُولَ اللهِ : هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ قال : وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ قال : فحدّثته الحديث . قال : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِهِ » هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده ، عن جابر بن عبد الله ، قال « أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ لَهُ : إِنِّى أَرَدْتُ الْخُرُجَ إِلى خَيْبَرَ . فقالَ : ائْتِ وَكِيلِى ، فخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقاً . فإن ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرَو بن أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ فِى قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ وأبا رَافِعٍ فى قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ » ، وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة فى الجملة . ولأن الحاجة داعية إلى ذلك . فإنّه لا يمكن كلّ واحد فعل ما يحتاج إليه ، فدعت الحاجة إليها .

٣٦٨٢ (فصل)

وكل من صحّ تصرّفه فى شىء بنفسه ، وكان مما تدخله النيابة : صحّ أن يوكّل فيه رجلاً أو امرأةً ، حراً ، أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً . وأما من يتصرّف بالإذن ، كالعبد المأذون له والوكيل ، والمضارب ، فلا يدخلون فى هذا . لكن يصحّ من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيّده ، كالطلاق ، والخلع ، وكذلك الحكم فى المحجور عليه لسفهٍ ، لايوكل إلا فيما له فعله ، من الطلاق ، والخلع ، وطلب القِصَاص ، ونحوه . وكلّ ما يصحّ أن يستوفيه بنفسه ، وتدخله النيابة صحّ أن يتوكّل لغيره فيه ، إلا الفاسق . فإنه يصحّ أن يقبل النّكاح لنفسه . وذكر القاضى : أنه لايصحّ أن يقبله لغيره . وكلام أبى الخطّاب يقتضى جواز ذلك. وهو القياس . ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك وجهان كهذين ، فأمّا توكيله فى الإيجاب فلا يجوز إلاّ على الرواية التى تثبت الولاية له ، وذكر أصحابُ الشافعىّ فى ذلك وجهين .

أحدهما : يجوز توكيله لأنه ليس بولىّ .

ووجه الوجه الآخر : أنه موجبٌ للنكاح . أشبه الوليّ ، ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه . فلم يجز أن يتوكّل فيه كالمرأة . ويصحّ توكيل المرأة فى طلاق نفسها ، وطلاق غيرها . ويصحّ توكيل العبد فى قبول النكاح ، لأنه ممن يجوز أن يَقبله لنفسه . وإنما يقف ذلك على إذن سيّده ، ليرضَى بتعلُّق الحقوق به، ومن لا يملك التصرُّف فى شىء لنفسه لا يصحّ أن يتوكَّل فيه ، كالمرأة فى عقد النكاح وقبوله ، والكافر فى تزويج مُسلمة ، والطفل ، والمجنون فى الحقوق كلّها .

٣٦٨٣ (فصـــــل)

والمكاتب أن يوكِّل فيما يتصرَّف فيه بنفسه . وله أن يتوكَّل بجُعْلٍ لأنه من اكتساب المال . ولا يمنع المكاتَب من الاكتساب . وليس له أن يتوكَّل لغيره بغير جُعل إلاَّ بإذن سيِّده . لأنَّ منافعه كأعيان ماله ، وليس له بذل عين ماله بغير عِوَض . وللعبد أن يتوكَّل بإذن سيِّده . وليس له التوكيل بغير إذن سيِّده ، وإن كان مأذونًا له فى التجارة . لأنَّ الإذن فى التجارة لا يتناول التوكيل ، وتصحّ وكالة الصبيّ المراهق إذا أذن له الوليّ . لأنه ممن يصحّ تصرّفه .

٣٦٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز التوكيل فى الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضراً كان الموكِّل أو غائباً ﴾

لا نعلم خلافاً فى جواز التوكيل فى البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر . ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحُسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق . وقد يكون له مال ، ولا يُحسن التجارة فيه ، وقد يُحْسن ، ولا يتفرَّغ ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأةً أو ممَّن يتعيَّر بها ، وَيُحَطّ ذلك من منزلته ، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلا لمصلحة الآدميّ المخلوق لعبادة الله سبحانه . ويجوز التوكيل فى الحوالة ، والرهن ، والضمان ، والكفالة ، والشركة، والوديعة ، والمضاربة ، والجُعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والصلح ، والوصيّة ، والهبة ، والوقف ، والصدقة ، والفسخ ، والإبراء . لأنهّا فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فيها ، فيثبُت فيها حكمه . ولا نعلم فى شىء من ذلك اختلافاً ، ويجوز التوكيل فى عقد النكاح فى الإيجاب ، والقبول. لأنّ النبيِّ صلى الله عليه وسلم « وَكَّل عَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ ، وَأَبَا رَافِعٍ فى قَبُولِ النِّكَاحِ لَهُ » ، ولأنّ الحاجة تدعو إليه . فإنه ربَّما احتاج إلى التزوّج من مكانٍ بعيد ، لا يمكنه السفر إليه . فإن النبيَّ صلى الله عليه وسلم « تَزَوَّجَ أُمَّ حَبِيبَةَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ » ويجوز التوكيل فى الطلاق ، والخلع والرجعة ، والعتاق . لأن الحاجة تدعو إليه ، كدُعائها إلى التوكيل فى البيع ، والنكاح . ويجوز التوكيل فى تحصيل المباحات ،

كإحياء الموات ، وإسقاء الماء ، والاصطياد ، والاحتشاش . لأنها تملك مالٍ بسبب لا يتعيَّن عليه ، فجاز التوكيل فيه ، كالابتياع ، والاتهاب ، ويجوز التوكيل في إثبات القِصاص ، وحدّ القذف ، واستيفائهما ، في حضرة الموكّل ، وغيبته . لأنهما من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما . لأن مَنْ له حقّ قد لا يُحْسن الاستيفاء ، أو لا يُحِبُّ أن يتولاّه .

٣٦٨٥ (فصل)

ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق ، وإثباتها ، والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكّل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل ، إذا كان الموكل حاضراً . لأن حضوره مجلس الحكم ، ومخاصمته حقّ لخصمه عليه . فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه ، كالدين عليه .

ولنا : أنه حقّ تجوز النيابة فيه . فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه ، كحال غيبته ، ومرضه ، وكدفع المال الذى عليه . ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنّ عليّا رضى الله عنه وكّل عَقيلًا عند أبي بكر رضى الله عنه ، وقال « مَا قُضِيَ لَهُ فَلِي ، وَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ » ووكّل عبدالله بن جعفر عند عثمان ، وقال : « إنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحَمًا ، وَإنَّ الشَّيْطَانَ لَيَحْضُرُهَا ، وَإنِّي لَأَكْرَهُ أَنْ أَحْضُرَهَا » قال أبو زياد : القُحَمُ المَهالِكُ ، وهذه قصص انتشرت ، لأنها في مَظِنَّة الشُّهرة ، فلم يُنقل إنكارُها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنَّه قد يكون له حقّ يُدّعَى عليه ، ولا يُحْسن الخصومة ، أو لا يحِبُّ أن يتولاَّها بنفسه ، ويجوز التوكيل في الإقرار . ولأصحاب الشافعيّ وجهان :

أحدها لا يجوز التوكيل فيه ، لأنّه إخبار بحقّ ، فلم يجز التوكيل فيه ، كالشهادة[1] .

ولنا : أنه إثبات حقّ فى الذمّة بالقول ، فجاز التوكيل فيه ، كالبيع ، وفارق الشهادة ، فإنّها لا تُثبِتُ الحقّ . وإنّما هو إخبار بثبوتة على غيره .

٣٦٨٦ (فصل)

ولا يصحّ التوكيل في الشهادة ، لأنّها تتعلّق بعين الشاهد ، لكونها خبَراً عمّا رآه ، أو سمعه . ولا يتحقّق هذا المعنى في نائبه ، فإنِ استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدّي ما سمعه من شاهد الأصل ، وليس وكيلا . ولا يصحّ في الأيمان والنذور ، لأنّها تتعلّق بعين الحالف ، والناذر ، فأشبهت العبادات البدنيّة ، والحدود .

(١) والثاني مفهوم من نقيض الأول ، وهو أنه لا يجوز .

ولا يصحّ في الإيلاء ، والقسامة ، والأمان ؛ لأنّها أيمان . ولا في القسم بين الزوجات . لأنه يتعلّق ببدن الزوج ، لأمر لا يوجد من غيره . ولا في الرضاع . لأنه يختصّ بالمرضعة ، والمرتضع ، لأمر يختصّ بإثبات لحم المرتضع ، وإنشاز عظمه بلبن المرضعة ، ولا في الظهار . لأنه قول منكر ، وزورٌ فلا يجوز فعله ، ولا الاستنابة فيه .

ولا يصحّ في الغصب ، لأنّه محرّم ، ولا في الجنايات ، لذلك . ولا في كلّ محرّم . لأنه لا يجوز له فعله ، فلم يجز لنائبه .

٣٦٨٧ (فصـــل)

فأما حقوق الله تعالى : فما كان منها حداً ، كحدّ الزنا ، والسرقة ، جاز التوكيل في استيفائه . لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال « اغْدُ يأُنَيْسُ إلى امْرأةِ هَذَا ، فإنِ اعتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا ، فَغَدا عَلَيْهَا أُنَيْسٌ ، فاعترفَتْ ، فأمر بها فرُجِمَتْ » متفق عليه « وأَمَر النبيُّ صلّي اللهُ عَلَيه وسَلَّم بِرَجْمِ مَاعِزٍ فَرَجَمُوهُ » « ووكّل عُثْمَانُ عَلِيًّا في إقَامةِ حَدِّ الشُّرْبِ عَلَى الوَلِيدِ بنُ عُقْبَةَ » « ووكّل عليٌّ الحَسَنَ في ذَلِكَ فأَبَى الحَسَنُ ، فوَكّلَ عَبْدَ الله بن جعفَرٍ ، فأقامَهُ ، وعَلِيٌّ يَعُدُّ » رواه مسلم ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك . لأن الإمام لا يمكنه تولّي ذلك بنفسه . ويجوز التوكيل في إثباتها ، وقال أبو الخطّاب : لا يجوز في إثباتها ، وهو قول الشافعيّ لأنّها تسقُط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها ، والتوكيلُ يُوصّل إلى الإيجاب .

ولنا : حـــديث أنيس . فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وكّله في إثباته ، واستيفائه جميعاً . فإنه قال « فَإنِ اعترفَتْ فارْجُمْهَا » وهذا يدلّ على أنه لم يكن ثبت . وقد وكّله في إثباته ، واستيفائه جميعاً . ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك الحـدودُ ، فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى .

والوكيل يقوم مقام الموكّل في درئها بالشبهات ، وأماّ العبادات فما كان منها له تعلّق بالمال ، كالزكاة ، والصدقات ، والمنذورات ، والكفّارات . جاز التوكيلُ في قبضها ، وتفريقها .

ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ، ودفعها إلى مستحقّها ، ويجوز أن يقول لغيره : أخْرِجْ زكاة مالي من مالك ، لأنّ النبيّ صلّ الله عليه وسلم بعث عُمّاله لقبض الصدقات ، وتفريقها ، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « أَعْلِمْهُمْ أنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤخَذُ مِنْ أغْنِيائِهِمْ ، فَتَرُدُّ عَلَى فُقَرائِهِمْ ، فَإنْ هُمْ أطَاعُوكَ بذلِكَ فَإيّاكَ وكَرائِمَ أمْوالِهِمْ ، واتَّقِ دَعْوَةَ المظْلُومِ فإنَّهُ لَيْسَ بيْنَهَا وَبيْنَ اللهِ حِجَابٌ » متفق عليه .

ويجوز التوكيل في الحجّ إذا أيس المحجوج عنه من الحجّ بنفسه ، وكذلك العمرة ، ويجوز أن يُستناب من يحجّ عنه بعد الموت .

وأما العبادات البدنيَّة المحضة ،كالصلاة ، والصيام ، والطهارة من الحدث ، فلا يجوز التوكيل فيها ، لأنها تتعلَّق ببدن مَنْ هى عليه ، فلا يقوم غيرُه مَقامه فيها ، إلا أنّ الصيام المنذور يُفعل عن الميّت ، وليس ذلك بتوكيل ، لأنه لم يوكِّل فى ذلك ، ولا وكَّل فيه غيره .

ولا يجوز فى الصلاة إلا فى ركعتى الطوف ، تبعاً للحجّ ، وفى فعل الصلاة المنذورة ، وفى الاعتكاف المنذور عن الميّت روايتان .

ولا تجوز الاستنابة فى الطهارة إلا فى صبّ الماء وإيصال الماء للأعضاء ، وفى تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما .

٣٦٨٨ (فصــل)

وكلّ ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه فى حَضْرة الموكِّل ، وغيبته ، ونصّ عليه أحمد . وهذا مذهبُ مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز إستيفاء القِصاص ، وحدّ القذف فى غيبة الموكِّل ، أومأ إليه أحمدُ وهو قول أبى حنيفة ، وبعض الشافعيَّة . لأنه يحتمل أن يعفو الموكِّل فى حالة غيبته فيسقُط . وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء . ولأن العفو مندوب إليه ، فإذا حضر احتمل أن يرحمه ، فيعفو . والأول ظاهر المذهب . لأن ما جاز استيفاؤه فى حضرة الموكِّل جاز فى غيبته . كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال العفو بعيد . والظاهر أنه لو عفا لبعث ، وأعلم وكيله بعفوه . والأصل عدمه فلا يؤثِّر . ألا ترى أن قُضاةَ رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون فى البلاد ، ويُقيمون الحدود التى تدرأ بالشبهات ، مع احتمال النسخ ؟ وكذلك لا يُحتاط فى استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة ، أو تغير اجتهاد الحاكم .

٣٦٨٩ (فصــل)

ولا تصحّ الوكالة إلا بالإيجاب ، والقبول . لأنه عقد تعلّق به حقّ كلّ واحد منهما . فافتقر إلى الايجاب ، والقبول ، كالبيع .

ويجوز الإيجاب بكل لفظ دلّ على الإذن ، نحو أن يأمره بفعل شىء ، أو يقول . أذنتُ لك فى فعله ، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وكّل عُروةَ بنَ الجَعْدِ فى شراء شاةٍ بلفظ الشراء ، وقال الله تعالى مخبْراً عن أهل الكهف أنهم قالوا (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ) ولأنه لفظ دالٌ على الإذن ، فجرى مجرى قوله : وكّلتك .

ويجوز القبول بقوله : قبلتُ ، وكلّ لفظ دلّ عليه .

ويجوز بكلّ فعل دلّ على القبول، نحو أن يفعل ما أمره بفعله . لأن الذين وكَّلهم النبىّ صلّى الله عليه وسلم لمُ يُنقَل عنهم سوى امتثال أمره . ولأنه اذنٌ فى التصرّف ، فجاز القبول فيه بالفعل. كأكل الطعام .

ويجوز القبول على الفور ، والتراخى ، نحو أن يبلغه أن رجلاً وكّله فى بيع شىء منذ سنة فيبيعه ، أو يقول : قبلتُ ، أو يأمره بفعل شىء فيفعله بعد مدّة طويلة . لأن قبولَ وُكلاء النبىّ صلّى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إيّاهم . ولأنه إذن فى التصرّف والإذن قائم ما لم يرجع عنه . فأشبه الإباحة . وهذا كله مذهبُ الشافعىّ .

٣٦٩٠ (فصــل)

ويجوز تعليقها على شرط ، نحو قوله : إذا قدم الحاجّ فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحماً ، وإذا جاء الأضحى فاشترى لنا أضحيّةً ، وإذا طلب منك أهلى شيئاً فادفعه إليهم ، وإذا دخل رمضان فقد وكّلتك فى هذا ، أو فأنت وكيلى . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعىّ : لا يصحّ ، لكن إن تصرّف صحّ تصرّفه ، لوجود الاذن . وإذا كان وكيلاً بجُعْلٍ فسد المسمّى ، وله أجر المثل . لأنه عقد يملك به التصرّف فى الحياة ، فأشبه البيع .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « أميرُكُمْ زَيْدٌ ، فإن قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فإنْ قُتِلَ فَعَبْدُ الله ابنُ رَوَاحَةَ » وهذا فى معناه . ولأنه عقد اعتبر فى حقّ الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرّف ، وصحّته ، فكان صحيحاً ، كما لو قال : أنت وكيلى فى بيع عبدى إذا قدم الحاجّ ، ولأنه لو قال : وكّلتك فى شراء كذا فى وقت كذا صحّ بلا خلاف . ومحلّ النزاع فى معناه . ولأنه إذن فى التصرّف ، أشبه الوصيّة ، والتأمير . ولأنّه عقد يصحّ بغير جُعْلٍ ، ولا يختصّ فاعلهُ بكونه من أهل القُرْبَةِ ، فصحّ بالجُعل ، كالتوكيل الناجز .

٣٦٩١ (فصــل)

ويجوز التوكيل بجُعل ، وغير جُعل . فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلّم وكّل أنيساً فى إقامة الحدّ ، وعُروةَ فى شراء شاة ، وعمراً وأبا رافعٍ فى قبول النكاح ، بغير جُعل . وكان يبعث عُمّاله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم عِمَالةً . ولهذا قال له أبناءُ عمّه « لَوْ بَعَثْتَنَا عَلَى هَذِهِ الصَّدَقَاتِ ، فَنُؤَدِّيَ إِلَيْكَ مَا يُؤَدِّي النَّاسُ ، وَنُصِيبَ مَا يُصِيبُهُ النَّاسُ ؟ يَعْنِيانِ العِمَالَةَ ، فإن كانت بجُعل استحقّ الوكيلُ الجعل بتسليم ما وكّل فيه إلى الموكّل ، إن كان ممّا يمكن تسليمُهُ ، كثوب ينسجه ، أو يُقصّره ، أو يخيطهُ ، فمتى سلّمه إلى الموكّل معمولاً فله الأجر ، وإن كان الخياطُ فى دار الموكّل ، فكلّما عمل شيئاً وقع مقبوضاً ، فيستحقّ الوكيل الجُعْلَ إذا فرغ الخيّاط من الخياطة ، وإن وكّل فى بيع ، أو شراءٍ ، أو حَجّ استحقّ الأجرَ إذا عمله . وإن لم يقبض الثمن فى البيع ، وإن قال : إذا

بعتَ الثوب وقبضتَ ثمنه وسلّمتَه إليّ فلك الأجر . لم يستحقّ منها شيئاً حتّى يسلّمه إليه ، فإن فاته التسليم لم يستحقّ شيئاً ، لفوات الشرط .

٣٦٩٢ (فصـــل)

ولا تصح الوكالة إلاّ في تصرّف معلوم ، فإن قال : وكّلتك في كلّ شيء ، أو في كلّ قليل ، وكثير ، أو في كلّ تصرّف يجوز لي ، أو في كلّ مالىَ التصرّف فيه لم يصحّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيُّ ، وقال ابن أبي ليلى : يصحُّ . ويملك به كلّ ما تناوله لفظه ، لأنه لفظ عامّ فصحّ فيما يتناوله ، كما لو قال : بع مالي كلّه .

ولنا : أن في هذا غرراً عظيماً ، وخطراً كبيراً . لأنه تدخُل فيه هبة ماله ، وطلاق نسائه ، وإعتاق رقيقه ، وتزوّج نساء كثيرة ، ويلزمه المهور الكثيرة ، والأثمان العظيمة ، فيعظُم الضرر . وإن قال : اشتر لي ما شئت لم يصحّ . لأنه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه ، وقد رُوي عن أحمد ما يدلّ على صحّته . لقوله في رجلين قال كلّ واحد منهما لصاحبه : ما اشتريت من شيء فهو بيننا : إنه جائز ، وأعجبه ، ولأنّ الشريك ، والمضارب ، وكيلان في شراء ما شاء ، فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثمن المثل ، فما دون ، ولا يشتري ما لا يقدر الموكّل على ثمنه ، ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه . وإن قال : بع مالي كلّه ، واقبض ديوني كلّها صحّ . لأنه قد يعرف ماله ، وديونه ، وإن قال : بع ما شئت من مالي ، واقبض ماشئت من ديوني جاز . لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى . وإن قال . اقبض ديني كلّه ، وما يتجدّد في المستقبل صحّ . وقال أصحاب الشافعيّ : إذ قال : بع ما شئت من مالي لم يجُز : وإن قال : مِن عبيدي جاز . لأنه محصور بالجنس .

ولنا : أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه ، كعبده . وإن قال : اشتر لي عبداً تركياً ، أو ثوباً هَرَوِيًّا صحّ . وإن قال اشتر لي عبداً ، أو قال ثوباً ، ولم يذكر جنسه صحّ أيضاً ، وقال أبو الخطّاب : لا يصحّ . وهو مذهب الشافعيّ . لأنه مجهول .

ولنا : أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض .

ولا يُشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب : لا يصحّ حتى يذكر قدر الثمن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد ، وإنّما تتميّز بالثمن .

ولنا : أنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن في أغلاه ثمناً ، فيقلّ الغرر ، ولأنّ تقدير الثمن يضرّ . فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ، ومن اعتبر ذكر الثمن جوّز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

٣٦٩٣ فصـــل

وإذا وكل وكيلين فى تصرّف ، وجعل لكلٍّ واحد الانفراد بالتصرُّف فله ذلك . لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل له ذلك ، فليس لأحدهما الانفراد به . لأنه لم يأذن له فى ذلك ، وإنّما يجوز له ما أذن فيه موكّله، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى : وإن وكّلهما فى حفظ ما له حفظاه معاً فى حِرزٍ لهما . لأنّ قوله : افعلا كذا يقتضى إجتماعهما على فعله ، وهو ممّا يمكن فتعلّق بهما ، وفارق هذا قوله : بعتكما . حيث كان منقسماً بينهما ، لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع ، فانقسم بينهما . فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرَّف ، ولا للحاكم ضمُّ أمين إليه ليتصرَّفا . لأن الموكِّل رشيد جائز التصرّف ، لا ولاية للحاكم عليه، فلا يضمّ الحاكم وكيلاً له بغير أمره . وفارق ما لو مات أحد الوصيَّين ، حيثُ يُضيف الحاكم إلى الوصىّ أميناً ليتصرَّف ، لكون الحاكم له النظر فى حقّ الميِّت ، واليتيم . ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً فى النظر لليتيم . وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين ، والآخرُ غائب ، وادَّعى الوكالة لهما ، وأقام بيِّنة سمعها الحاكم ، وحكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرّف وحده . فإذا حضر الآخَرُ تصرفاً معاً ولا يحتاج إلى إعادة البيِّنة . لأن الحاكم سمعها لهما مرّةً .

فإن قيل : هذا حكم للغائب ، قلنا : يجوز تبعاً لحقّ الحاضر ، كما يجوز أن يحكم بالوقف الذى يثبُت لمن لم يُخلق لأجل مَنْ يستحقُّه فى الحال ، كذا ههنا . وإن جحد الغائبُ الوكالة ، أو عزل نفسه لم يكن للاخر أن يتصرَّف . وبما ذكرناه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا نعلم فيه خلافاً . وجميع التصرّفات فى هذا سواء . وقال أبو حنيفة : إذا وكّلهما فى خصومة فلكلّ واحد منهما الانفراد بها .

ولنا : أنه لم يرض بتصرّف أحدهما . أشبه البيع والشراء .

٣٦٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للوكيل أن يوكّل فيما وُكِّل فيه ، إلا أن يُجعل ذلك إليه ﴾ .

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن ينهى الموكّل وكيلهَ عن التوكيل . فلا يجوز له ذلك بغير خلاف . لأن ما نهاه عنه غيرُ داخل فى إذنه . فلم يجز ، كما لو لم يوكِّله .

الثانى : أذن له فى التوكيل ، فيجوز له ذلك ، لأنَّه عقدٌ أذن له فيه ، فكان له فعلُه ، كالتصرّف المأذون فيه . ولا نعلم فى هذين خلافاً . وإن قال له : وكّلتك ، فاصنع ما شئت ، فله أن يوكِّل . وقال أصحاب الشافعىّ : ليس له التوكيل فى أحد الوجهين . لأن التوكيل يقتضى تصرّفاً يتولاه بنفسه . وقوله: اصنع ما شئت : يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرّفه بنفسه .

ولنا : أن لفظه عامّ فيما شاء ، فيدخُل فى عمومه التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة . فلا يخلو من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيَّةِ فى حقّ أشراف الناس المرتفعين عن فعلها فى العادة ، أو يعجز عن عمله ، لكونه لا يُحسنه ، أو غير ذلك . فإنهُ يجوز له التوكيل فيه . لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادةً انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الإستنابة فيه .

القسم الثانى : أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجِزُ عن عمله كلِّه ، لكثرته ، وانتشاره . فيجوز له التوكيل فى عمله أيضاً . لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز التوكيل فى فعل جميعه ، كما لو أذن فى التوكيل بلفظه . وقال القاضى : عندى أنه إنّما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكّن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة . فاختصّ ما دعت إليه الحاجة . بخلاف وجود إذنه . فإنه مُطلق . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين . القسم الثالث : ماعدا هذين القسمين . وهو ما يمكنه عمله بنفسه ، ولا يترفّع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يجوز . نقلها ابن منصور ، وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، والشافعىّ . لأنه لم يأذن له فى التوكيل ، ولا تضمّنه إذنه . فلم يجُز ، كما لو نهاه . ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يولّيه لمن لم يأمنه عليه ، كالوديعة .

والأخرى : يجوز . نقلها حنبل . وبه قال ابن أبى ليلى : إذا مرض ، أو غاب . لأن الوكيل له أن يتصرّف بنفسه ، فملكه نيابة كالمالك . والأول أولى . ولا يشبه الوكيل المالك فإن المالك يتصرّف بنفسه فى ملكه كيف شاء ، بخلاف الوكيل .

٣٦٩٥ (فصل)

وكلّ وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكّل إلا أميناً . لأنه لا نظر للموكّل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيّد جوازُ التوكيل بما فيه الحظّ ، والنظر ، كما أنّ الإذن فى البيع يتقيّد بالبيع بثمن المِثل ، إلاّ أن يعيّن له الموكّل مَنْ يُوكّله ، فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أمينا . لأنه قطع نظره بتعيينه . وإن وكّل أميناً ، وصار خائناً فعليه عزلُه . لأن تركه يتصرّف مع الخيانة تضييع ، وتفريط . والوكالة تقتضى استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين ، فوجب عزلُه .

٣٦٩٦ (فصل)

والحكم فى الوصىّ يوكّل فيما أوصى به إليه ، وفى الحاكم يولىّ القضاء فى ناحية يستنيب غيره : حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد فى رواية مهنا : جواز ذلك ، وهو قول

الشافعيّ في الوصيّ ، لأن الوصيّ يتصرّف بولاية ، بدليل أنه يتصرّف فيما لم ينصّ له على التصرّف فيه ، والوكيل لا يتصرّف إلا فيما نصّ له عليه . والجمع بينهما أولى ، لأنه متصرّف في مال غيره . بالإذن ، فأشبه الوكيل : وإنّما يتصرّف فيما اقتضته الوصيّة ، كالوكيل إنّما يتصرّف فيما اقتضه الوكالة .

٣٦٩٧ (فصـــــــل)

فأما الوليّ في النكاح فله التوكيل في تزويج مَوْلِيَّته بغير إذنها ، أبًا كان أو غيره . وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الإجبار : هو كالوكيل ، يخرّج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ، ولأصحاب الشافعيّ فيه وجهان :

أحدهما : لا يملك التوكيل إلاّ بإذنها . لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها ، أشبه الوكيل .

ولنا : أن ولايته من غير جهتها . فلم يُعتبر إذنُها في توكيله فيها كالأب ، بخلاف الوكيل . ولأنه متصرّف بحكم الولاية الشرعية ، أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره ، بغير إذن النساء . فكذلك الوليّ ، وما ذكروه يبطُل بالحاكم ، والذى يُعتبر إذنها فيه : هو غير ما يوكّل فيه . بدليل أن الوكيل لا يَسْتغنى عن إذنها له في التزويج أيضاً . فهو كالموكّل في ذلك .

٣٦٩٨ (فصـــــــل)

إذا أذن الموكل في التوكيل فوكّل ، كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل ، لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ، ولا عزلِه . ولا يملك الأول عزلَ الثاني . لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له أن يوكّل لنفسه جاز . وكان وكيلًا للموكّل ينعزلُ بموته ، وعزله إياه . وإن مات الموكل ، أو عُزِل الأول انعزلا جميعاً . لأنّهما فرعان له ، لكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما . وإن وكّل من غير أن يُؤذن له في التوكيل نُطقاً ، بل وجد عُرفاً ، أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن . فالثاني وكيل الوكيل الأول ، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكّل لنفسه .

٣٦٩٩ (فصـــــــل)

إذا وكّل رجلًا في الخصومة لم يُقبل إقراره على موكّله بقبض الحقّ ، ولا غيره . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدودَ والقِصاصَ . وقال أبو يوسف : يُقبل إقراره في مجلس الحكم ، وغيره . ولأن الإقرار أحد جوابَيِ الدعوى ، فصحّ من الوكيل ، كالإنكار .

ولنا : أن الإقرار معنًى يقطع الخصومة ، وينافيها . فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء ، وفارق الإنكار . فإنّه لا يقطع الخصومة ، ويملكه في الحدود والقصاص ، وفي غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل

لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار . فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار ، فافترقا ، ولا يملك المصالحة عن الحقّ ، ولا الإبراء منه ، بغير خلاف نعلمه ، لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له فى تثبيت حقّ لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه . لأن المقصود من التثبيت قبضه ، وتحصيله .

ولنا : أن القبض لا يتناوله الإذن نطقاً ، ولا عُرفاً . إذ ليس كلّ من يرضاه لتثبيت الحقّ يرضاه لقبضه . وإن وكلّه فى قبض حقّ ، فجحد من عليه الحقُّ كان وكيلًا فى تثبيته عليه ، فى أحد الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة . والآخر : ليس له ذلك . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأنهما معنيان مختلفان. فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلاً فى الآخر ، كما لا يكون وكيلاً فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

ووجه الأول : أنه لا يتوصّل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه عُرفاً . ولأن القبض لا يتمّ إلا به ، فملكه ، كما لو وكّل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه ، أو فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالماً بجَحْد مَنْ عليه الحقّ ، أو مطله ، كان توكيلًا فى تثبيته ، والخصومة فيه ، لعلمه بوقوف القبض عليه . وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلًا فيه ، لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحقّ عيناً أو ديناً . وقال بعض أصحاب أبى حنيفة إن وكلّه فى قبض عين لم يملك تثبيتها ، لأنّه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة .

ولنا : أنه وكيل فى قبض حقّ ، فأشبه الوكيل فى قبض الدين ، وما ذكروه يبطُل بالتوكيل فى قبض الدين ، فإنه وكيل فى قبضه ، ونقله إليه .

٣٧٠٠ (فصــــل)

وإن وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم ، لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يملكه .

ولنا : أن الإبراء ليس من البيع ، ولا من تتمّته ، فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلًا فيه ، كالإبراء من غير ثمنه ، وأما قبض الثمن ، فقال القاضى ، وأبو الخطاب : لا يملكه ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأنّه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا : إن تعذّر قبضُ الثمن من المشترى لم يلزم الوكيل شىء ، ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه مُوجَب البيع ، فملكه الوكيل فيه ، كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع ، إلا بقبض الثمن ، أو حضوره ، وإن سلّمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلّت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذناً فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان

ضامناً له ، لأن ظاهر حال الوكّل أنّه إنّما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه ، فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعدّ من فعل ذلك مُضيِّعاً مُفرِّطاً ، وإن لم تدلّ القرينة على ذلك لم يكن له قبضه .

٣٧٠١ (فصـــل)

وإن وكّله فى بيع شىء ، أو طلب الشفعة ، أو قَسْم شىء ففيه وجهان :

أحدهما : يملك تثبيته ، وهو قول أبى حنيفة فى القسمة ، وطلب الشفعة ، لأنه لا يتوصّل إلى ما وكّله فيه إلا بالتثبيت .

والثانى : لا يملكه . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ . لأنه يمكن أحدهما دون الآخر . فلم يتضمّن الإذنُ فى أحدهما الإذنَ فى الآخر .

٣٧٠٢ (فصـــل)

وإن وكّله فى شراء شىء ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمّته ، وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع فى البيع . والحكم فى قبض المبيع كالحكم فى قبض الثمن فى المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ، ونقد ثمنه ، فخرج العبدُ مستحَقًّا . فهل يملك أن يخاصم البائع فى الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئاً ، وقبضه ، وأخَّر تسليم الثمن لغير عُذرٍ ، فهلك فى يده ، فهو ضامن له . وإن كان له عذر . مثل أن ذهب لينقده ، فهلك ، أو نحو ذلك فلا ضمان عليه ، نصّ عليه أحمد . لأنه مُفرّط فى إمساكه ، كما فى الصورة الأولى دون الثانية ، فلذلك لزمه الضمان ، بخلاف ما إذا لم يفرّط .

٣٧٠٣ (فصـــل)

وإذا وكّله فى قبض دين من رجل ، فمات ، نظرتَ فى لفظه : فإن قال : اقبض حقّى من فلان لم يكن له قبضُه من ورائه ، لأنه لم يؤمر بذلك . وإن قال : اقبض حقّى الذى قِبَل فلان ، أو على فلان ، فله مطالبة وارثه ، والقبض : لأن قبضه من الوارث قبضٌ للحقّ الذى على مَوْرُوثه .

فإن قيل: فلو قال : اقبض حقّى من زيد ، فوكّل زيدٌ إنساناً فى الدفع إليه ، كان له القبض منه ، والوارث نائب الموروث ، فهو كوكيله .

قلنا : إن الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه ، لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك ههنا ، فإنّ الحقّ انتقل إلى الورثة ، فاستحقّت المطالبة عليهم ، لا بطريق النيابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حَنِثَ بفعل وكيله له ، ولا يحنث بفعل وارثه .

٣٧٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا باع الوكيل ، ثم ادّعى تلف الثمن من غير تعدٍّ فلا ضمان عليه ، فإن اتّهم حلف ﴾

إذا اختلف الوكيل ، والموكّل لم يخلُ من ستة أحوال :

أحدها : أن يختلفا فى التلف ، فيقول الوكيل : تلف مالك فى يدى ، أو الثمن الذى قبضته ثمنَ متاعك تلف فى يدى ، فيكذّبه الموكّل ، فالقول قولُ الوكيل مع يمينه . لأنه أمين ، وهذا مما يتعذّر إقامة البيّنة عليه ، فلا يكلف ذلك ، كالمودَع ، وكذلك كلّ من كان فى يده شىء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب ، والوصىّ ، وأمين الحاكم ، والمودَع ، والشريك ، والمضارِب ، والمرتهن ، والمستأجِر ، والأجير المشترك . وإنّما كان كذلك ، لأنه لو كلّف ذلك مع تعذّره عليه لامتنع الناسُ من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر . قال القاضى : إلا أن يدّعى التلف بأمر ظاهر ، كالحريق ، والنهب ، وشبههما ، فعليه إقامة البيِّنة على وجود هذا الأمر فى تلك الناحية ، ثم يكون القول قوله فى تلفها بذلك ، وهذا قول الشافعىّ . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذّر إقامة البيِّنة عليه .

الحال الثانية : أن يختلفا فى تعدّى الوكيل ، أو تفريطه فى الحفظ ، ومخالفته أمر موكِّله ، مثل أن يدّعى عليه أنك حملتَ على الدابّة فوق طاقتها ، أو حملتَ عليها شيئاً لنفسك ، أو فرّطت فى حفظها ، أو لبست الثوب ، أو أمرتك بردِّ المال ، فلم تفعل ، ونحو ذلك . فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه . لما ذكرنا فى الذى قبله . ولأنه منكِر لما يُدّعى عليه ، والقول قولُ المنكِر ، ومتى ثبت التلف فى يده من غير تعدّيه . إما لقبول قوله ، وإما بإقرار موكّله ، أو بيِّنةٍ فلا ضمان عليه ، وسواء تلف المتاع الذى أمر ببيعه ، أو باعه . وقبض ثمنه ، فتلف الثمن . وسواء كان بجُعْلٍ ، أو بغير جُعْلٍ ، لأنه نائب المالك فى اليد ، والتصرّف ، فكان الهلاكُ فى يده كالهلاك فى يد المالك ، وجرى مجرى المودَع ، والمضارِب ، وشبههما ، وإن تعدّى ، أو فرّط ضمن ، وكذلك سائر الأمناء ، ولو باع الوكيلُ سلعةً ، وقبض ثمنها ، فتلف من غير تعدّ ، واستحقَّ المبيع رجع المشترى بالثمن على الموكِّل دون الوكيل . لأن المبيع له ، فالرجوع بالعهدة عليه ، كما لو باع بنفسه .

الحال الثالثة : أن يختلفا فى التصرف ، فيقول الوكيل : بعتُ الثوب ، وقبضتُ الثمن ، فتلف فيقول الموكل : لم تبع ، ولم تقبض ، أو يقول : بعتَ ولم تقبض شيئاً . فالقول قولُ الوكيل ، ذكره ابن حامد . وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه يملك البيع ، والقبض ، فيُقبل قوله فيهما ، كما يُقبل قول ولىّ المرأة المُجبَرة على النكاح فى تزويجها ، ويحتمل ألا يُقبل قوله ، وهو أحد القولين لأصحاب الشافعىّ ، لأنه يُقرّ بحقّ لغيره على موكّله ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بدين عليه ، وإن وكّل فى شراء عبد ، فاشتراه ، واختلفا فى قدر ما اشتراه به ، فقال : اشتريته بألف ، وقال : بل اشتريته بخمسمائة ، فالقول قولُ الوكيل . لما ذكرناه وقال القاضى : القولُ قولُ الموكّل ، إلا أن يكون عيّن له الشراء بما ادّعاه ، فقال : اشتر لى عبداً بألف ،

فادّعى الوكيل أنه اشتراه بذلك ، فالقول قولُ الوكيل إذاً ، وإلا فالقولُ قول الموكِّل . لأنّ من كان القولُ قولَه فى أصل شىء ، كان القولُ قولَه فى صفته . وللشافعىّ قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء فى الذمّة ، فالقول قول الموكّل ، لأنه غارم ، مطالبٌ بالثمن ، وإن اشترى بعين المال فالقولُ قولُ الوكيل ، لكونه الغارم ، فإنه يُطالبه بردِّ ما زاد على خمس المائة .

ولنا : أنّهما اختلفا فى تصرفّ الوكيل ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اختلفا فى البيع . ولأنه أمين فى الشراء ، فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى ، كالمضارب ، وكما لو قال له : اشتر بألف عند القاضى .

الحال الرابعة : أن يختلفا فى الردّ ، فيدّعيه الوكيل ، فينكره الموكّل ، فإن كان بغير جُعل فالقولُ قولُ الوكيل . لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله ، كالمودَع . وإن كان بجُعل ففيه وجهان :

أحدهما : أن القول قوله . لأنه وكيل ، فكان القولُ قولَه ، كالأول .

والثانى : لا يُقبل قوله . لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يُقبل قوله فى الردّ كالمستعير ، وسواء اختلفا فى ردّ العين أو ردّ ثمنها .

وجملة الأمناء على ضربين :

أحدهما : مَنْ قبض المال لنفع مالكه لا غيرُ . كالمودَع ، والوكيل بغير جُعل ، فيُقبل قولهم فى الردّ . لأنه لو لم يُقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات . فيلحَق الناس الضرر .

الثانى : من ينتفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجُعل ، والمضارب والأجير المشترك ، والمستأجر ، والمرتهن ، ففيهم وجهان . ذكرهما أبو الخطّاب . وقال القاضى : لا يُقبل قولُ المرتهن والمستأجر ، والمضارب فى الردّ : لأن أحمد نصّ عليه فى المضارب فى رواية ابن منصور . ولأن مَنْ قبضَ المالَ لنفع نفسه لا يُقبل قوله فى الردّ . ولو أنكر الوكيل قبض المالِ ثم ثبت ذلك ببيّنة ، أو اعترف ، فادّعى الردّ أو التلف ، لم يُقبل قوله . لأنّ خيانته قد ثبت بجَحْدِه . فإن أقام بيّنة بما ادّعاه من الردّ أو التلف ، فهل تُقبل بينّته ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تُقبل . لأنه كذّبها بجَحْده . فإنّ قوله : ما قبضتُ يتضمّن أنه لم يردَّ شيئاً .

والثانى : تُقبل . لأنه يدّعى الردّ ، والتلف قبل وجود خيانته . وإن كان جحوده : أنك لا تستحق علىّ شيئاً ، أو مالك عندى شىء ، سُمع قوله مع يمينه . لأن جوابه لا يكذّب ذلك . فإنّه إذا كان قد تلف ،

أو ردّ فليس له عنده شيء . فلا تنافى بين القولين ، إلا أن يدّعى أنه ردّه ، أو تلف بعد قوله : مالك عندى شيء . فلا يُسمع قوله أيضاً . لثبوت كذبه ، وخيانته .

الحال الخامس : إذا اختلفا فى أصل الوكالة ، فقال : وكّلتنى . فأنكر الموكِّل . فالقول قول الموكِّل . لأن الأصل عدم الوكالة . فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه . ولو قال : وكّلتك ، ودفعتُ إليك مالاً . فأنكر الوكيل ذلك كلّه ، أو اعترف بالتوكيل ، وأنكر دفع المال إليه . فالقولُ قوله لذلك . ولو قال رجل لآخر : وكّلتنى أن أتزوّج لك فلانةَ بصداقِ كذا ، ففعلتُ ، وادّعت المرأة ذلك ، فأنكر الموكِّل . فالقولُ قولُه . نصّ عليه أحمد فقال : إن أقام البيّنة ، وإلاّ لم يلزم الآخر عقد النكاح . قال أحمد : ولا يُستحلف . قال القاضى : لأن الوكيل يدّعى حقًّا لغيره . فأمّا إن ادّعته المرأة ، فينبغى أن يُستحلف . لأنها تدّعى الصداق فى ذمّته ، فإذا حلف لم يلزمه الصداق . ولم يلزم الوكيلَ منه شيء ، لأنّ دعوى المرأة على الموكِّل ، وحقوق العقد لا تتعلّق بالوكيل ، ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد : أن الوكيل يلزمه نصفُ الصداق . لأن الوكيل فى الشراء ضامن للثمن ، وللبائع مطالبته به . كذا ههنا . والأول أولى . لما ذكرناه . ويُفارق الشراء . لأن الثمن مقصود البائع ، والعادة تعجيله ، وأخذه من المتولّى للشراء . والنكاح يُخالفه فى هذا كلّه . ولكن إن كان الوكيل ضَمِن المهر ، فلها الرجوع عليه بنصفه . لأنه ضَمِنه عن الموكِّل وهو مقرّ بأنه فى ذمّته . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : يلزم الوكيل جميعُ الصداق . لأن الفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتاً فى الباطن ، فيجبُ جميعُ الصداق .

ولنا : أنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر فقد أقرّ بتحريمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه لما تحُرم به . قال أحمد : ولا تتزوّج المرأة حتى يُطلّق ، لعلّه يكون كاذباً فى إنكاره ، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها ، لأنها معترفة بأنّها زوجة له ، فيؤخذ بإقرارها ، وإنكاره ليس بطلاق ، وهل يلزم الموكِّل طلاقُها ؟ يحتمل أن لا يلزمه ، لأنه لم يثبُت فى حقّه نكاح ، ولو ثبت لم يكلَّف الطلاق ، ويحتمل أن يكلَّفه لإزالة الاحتمال ، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه ، فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادّعى أن فلاناً الغائب وكّله فى تزوُّج امرأة ، فتزوّجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه المرأة ، إلا أن يُصدّقه الورثة ، أو يثبُت ببيِّنة ، وإن أقرّ الموكِّل بالتوكيل فى التزويج ، وأنكر أن يكون الوكيل تزوّج له ، فههنا الاختلاف فى تصرّف الوكيل ، والقول قول الوكيل فيه ، فيثبُت التزويج ههنا ، وقال القاضى : لا يثبُت ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لا تتعذّر إقامة البيِّنة عليه ، لكونه لا ينعقد إلاّ بها ، وذكر أن أحمد نصّ عليه ، وأشار إلى نصّه فيما إذا أنكر الموكِّل الوكالة من أصلها .

ولنا : أنهما اختلفا فى فعل الوكيل ما أمر به ، فكان القول قوله ، كما لو وكّله فى بيع ثوب ، وادّعى أنه باعه ، أو فى شراء عبد بألف ، فادّعى أنه اشتراه به ، وما ذكره القاضى من نصّ أحمد فيما إذا أنكر الموكِّل الوكالة فليس بنصٍّ ههنا ، لاختلاف أحكام الصورتين ، وتباينهما ، فلا يكون النصّ فى إحداهما نصًّا فى الأخرى ، وما ذكره من المعنى لا أصل له ، فلا يُعوَّل عليه ، ولو غاب رجل ، فجاء آخر إلى امرأته ، فذكر أن زوجها طلّقها ، وأبانها ، ووكّله فى تجديد نكاحها بألف ، فأذنت فى نكاحها ، فعقد عليها ، وضمن الوكيلُ الألف ، ثم جاء زوجُها ، فأنكر هذا كلّه ، فالقولُ قولُه ، والنكاح الأول بحاله ، وقياس ما ذكرناه : أن المرأة إن صدّقت الوكيل لزمه الألف ، إلا أن يُبِينها زوجُها قبل دخول الثانى بها ، وحُكى ذلك عن مالك ، وزفر ، وحُكى عن أبى حنيفة ، والشافعىّ : أنه لا يلزم الضامن شىء ، لأنه فرع عن المضمون عنه ، ولم يلزم المضمون عنه شىء فكذلك فرعه .

ولنا : أن الوكيل مقرٌّ بأن الحقّ فى ذمة المضمون عنه ، وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقرّ به ، كما لو ادّعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبىّ ، فأقرّ الضامن بالضمان ، وصحّته ، وثبوت الحقّ فى ذمّة المضمون عنه ، وكما لو ادّعى شُفعةً على إنسان فى شقْص اشتراه ، فأقرّ البائع بالبيع ، فأنكره المشترى ، فإن الشفيع يستحقُّ الشفعة فى أصحّ الوجهين ، وإن لم تدّعِ المرأة صحّة ما ذكره الوكيل فلا شىء عليه . ويحتمل أنَّ من أسقط عنه الضمان أسقطه فى هذه الصورة ، ومن أوجبه أوجبه فى الصورة الأخرى ، فلا يكون فيها اختلاف . والله أعلم .

الحال السادس : أن يختلفا فى صفة الوكالة ، فيقول : وكّلتك فى بيع هذا العبد قال : بل وكّلتنى فى بيع هذه الجارية ، أو قال وكّلتك فى البيع بألفين ، قال : بل بألف ، أو قال : وكّلتك فى بيعه نقداً ، قال : بل نَسيئةً ، أو قال : وكّلتك فى شراء عبد ، قال : بل فى شراء أمةٍ ، أو قال : وكّلتك فى الشراء بخمسةٍ ، قال : بل بعشرة . فقال القاضى : القولُ قولُ الموكِّل . وهو مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر وقال أبو الخطاب : إذا قال : أذنتُ لك فى البيع نقداً ، و فى الشراء بخمسة ، قال : بل أذنتَ لى فى البيع نَسيئةً ، وفى الشراء بعشرة ، القولُ قولُ الوكيل نصّ عليه أحمد فى المضاربة . لأنه أمين فى التصرّف فكان القول قوله فى صفته كالخياط إذا قال : أذنتَ لى فى تفصيله قَباء . قال : بل قميصاً . وحُكى عن مالك إن أدركت السلعة ، فالقولُ قولُ الموكل . وإن فاتت فالقول قولُ الوكيل . لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان. والأصلُ عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الأول أصحّ لوجهين .

أحدها : أنهما اختلفا فى التوكيل الذى يدّعيه الوكيل . والأصلُ عدمه ، فكان القول قول من ينفيه ، كما لو لم يقرّ الموكل بتوكيله فى غيره .

والثانى : أنهما اختلفا فى صفة قول الموكِّل ، فكان القول قوله فى صفة كلامه ، كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال : اشتريتُ لك هذه الجارية بإذنك ، قال : ما أذنتُ لك إلاّ فى شراء غيرها ، أو قال : اشتريتُها لك بألفين ، فقال : ما أذنت لك فى شرائها إلا بألف . فالقول قول الموكّل ، وعليه اليمين، فإذا حلف برىء من الشراء . ثم لا يخلو : إمّا أن يكون الشراء بعين المال ، أو فى الذمّة . فإذا كان بعين المال فالبيعُ باطل ، وتردُّ الجارية على البائع إن اعترف بذلك . وإن كذّبه فى أن الشراء لغيره ، أو بمال غيره بغير إذنه ، فالقول قول البائع . لأن الظاهر أن ما فى يد الإنسان له ، فإن ادّعى الوكيل علمه بذلك حلّفه أنّه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله . لأنه يحلف على نفى فعل غيره . فكانت يمينه على نفى العلم . فإذا حلف أمضى البيع ، وعلى الوكيل غرامةُ الثمن لموكله ، ودفع الثمن إلى البائع . وتبقى الجارية فى يده ، ولا تحلّ له ، لأنه لا يخلو من أن يكون صادقاً ، فتكون للموكّل ، أو كاذباً فتكون للبائع . فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن ، فإن امتنع من بيعه إيّاها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ، ليبيعه إيّاها ، ليثبُت الملك له ظاهراً ، وباطناً . ويصير ما ثبت له فى ذمّته ثمناً قصاصاً بالذى أخذ منه الآخر ظلماً . فإن امتنع الآخر من البيع لم يُجبر عليه . لأنه عقد مُراضاة . وإن قال : إن كانت الجارية لى فقد بعتكها ، أو قال الموكل : إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحُّ . وهو قول القاضى ، وبعض الشافعيّة . لأنه بيع مُعلّق على شرط .

والثانى ، يصحُّ . لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده . فلا يضرُّ جعله شرطاً ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جاريتى فقد بعتكها . وكذا كلُّ شرط علما وجوده . فإنه لا يوجب وقوف البيع ، ولا شكًّا فيه . فأما إن كان الوكيل اشترى فى الذمّة ثمَّ نقد الثمن صحّ الشراء ، ولزم الوكيل فى الظاهر . فأمّا فى الباطن فإن كان الوكيل كاذباً فى دعواه فالجارية له لأنه اشتراها فى ذمّته بغير أمر غيره وإن كان صادقا فالجارية لموكّله . فإذا أراد إحلالها له توصّل إلى شرائها منه ، كما ذكرنا . وكلّ موضع كانت للموكِّل فى الباطن ، فامتنع من بيعها للوكيل ، فقد حصلت فى يد الوكيل ، وهى للموكِّل ، وفى ذمته ، للوكيل ثمنها . فأقرب الوجوه : أن يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقّه من ثمنها . فإن كانت للوكيل فقد أذن فى بيعها . وإن كانت للموكّل فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقربُ إن شاء الله تعالى . وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكّل جاز . لأنه قائم مقام الموكِّل فى هذا ، فأشبه ما لو اشترى منه .

٣٧٠٥ (فصـــــل)

ولو وكّله فى بيع عبد فباعه نسيئةً ، فقال الموكّل : ما أذنتُ فى بيعه إلا نقداً ، وصدّقه الوكيل ، والمشترى فسد البيع . وله مطالبةُ من شاء منهما بالعبد ، إن كان باقياً ، أو بقيمته إن كان تالفاً . فإن أخذ

القيمة من الوكيل رجع على المشترى بها . لأن التلف فى يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن أخذها من المشترى لم يرجع على أحد . وإن كذباه وادعيا أنه أذن فى البيع نسيئة فعلى قول القاضى . يحلف الموكل ، ويرجع فى العين ، إن كانت قائمة . وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما . فإن رجع على المشترى رجع الوكيل بالثمن الذى أخذه منه لا غيرُ ، لأنه لم يسلم له المبيع . وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشترى فى الحال ، لأنه يقر بصحة البيع ، وتأجيل الثمن . وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه ، وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الأجل . فإذا حلّ الأجل رجع الوكّل على المشترى بأقل الأمرين من القيمة ، أو الثمن المسمّى . لأن القيمة إن كانت أقل فما غرم أكثر منها ، فلا يرجع بأكثر مما غرم . وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشترى أنه لا يستحق عليه أكثر منه . وأن الموكّل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن ، فلا يرجع على المشترى بما ظلمه به الموكّل . وإن كذّبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدِّق بغير يمين ، ويحلف على المكذب ، ويرجع على حسب ما ذكرنا . هذا إن اعترف المشترى بأن الوكيل وكيلٌ فى البيع . وإن أنكر ذلك ، وقال : إنما بعتنى مِلكَك فالقولُ قوله مع يمينه : أنه لا يعلم كونه وكيلاً . ولا يرجع عليه بشىء .

٣٧٠٦ (فصل)

وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيره . لأنه رضى بكونه فى يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه ، فأخّر ردّه مع إمكانه ، فتلف ضمنه . وإن وعده بردّه ، ثم ادّعى أنى كنتُ ردَدْته قبل طلبه ، أو أنه كان تلف لم يُقبل قوله . لأنه مكذّب لنفسه بوعده بردّه . فإن صدّقه الموكّل برىء . وإن كذّبه فالقول قولُ الموكّل . فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يُقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : يُقبل . لأنه لو صدّقه الموكّل برىء . فكذلك إذا قامت له بينّه ، ولأن البيّنة إحدى الحجّتين ، فبرىء بها ، كالاقرار .

والثانى : لا يُقبل . لأنه كذّبه بوعده بالدفاع ، أما إذا صدّقه فقد أقرّ ببراءته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يعده بردّه لكن منعه ، أو مَطَلَه بردّه ، مع إمكانه ، ثم أدّعى التلف ، أو الردَّ لم يُقبل قوله . لأنه ضامن بالمنع خارجٌ عن حال الأمانة ، وإن أقام بما ادّعاه من الردّ ، أو التلف بيّنةً سمعت ، لأنه لم يكذّبها .

٣٧٠٧ (فصل)

قال أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها ، فبعث إليه

مع الرسول ديناراً ، فضاع مع الرسول : فهو من مال الباعث . لأنه لم يأمره بمصارفته : إنّما كان من ضمان الباعث . لأنه دفع إلى الرسول غيرما أمره به المرسِل . فإن المرسِل إنما أمره بقبض ماله فى ذمّته ، وهى الدراهم ، ولم يدفعها . وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم . وهـذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين ، وإذنه ، ولم يأذن ، فصار الرسول وكيلاً للباعث فى تأديته . إلى صاحب الدين ، ومصارفته به ، فإذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه ، اللهمّ إلاّ أن يُخبر الرسول الغريم أن ربّ الدَّيْنِ أذن له فى قبض الدينار عن الدراهم ، فيكون حينئذٍ من ضمان الرسول . لأنه غرّه وأخذ الدينار على أنه وكيل المرسِل ، وإن قبض منه الدراهم التى أمر بقبضها ، فضاعت من الرسول فهى من ضمان صاحب الدين ، لأنّها تلفت من يد وكيله . وقال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له عند آخر دنانير ، وثياب ، فبعث إليه رسولاً . وقال : خذ ديناراً ، وثوباً ، فأخذ دينارين ، وثوبين ، فضاعت . فالضمانُ على الباعث ، يعنى الذى أعطاه الدينارين ، والثوبين ، ويرجع به على الرسول ، يعنى عليه ضمان الدينار ، والثوب الزائدين : إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ، ورجع بهما على الرسول ، لأنه غرّه ، وحصل التلف فى يده . فاستقرّ عليه الضمان . وللموكِّل تضمين الوكيل . لأنه تعدّى بقبض مالم يؤمر بقبضه . فإذا ضمنه لم يرجع على أحد ، لأنّ التلف حصل فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه . وقال أحمد فى رجل وكل وكيلاً فى اقتضاء دينه ، وغاب ، فأخذ الوكيل به رهناً ، فتلف الرهن فى يد الوكيل فقال : أساء الوكيلُ فى أخذ الرهن ، ولا ضمان عليه . إنما يضمنه لأنه رهن فاسد . والقبض فى العقد الفاسد كالقبض فى الصحيح ، فما كان القبض فى صحيحه مضموناً كان مضموناً فى فاسده ، وما كان غير مضمون فى صحيحه كان مضموناً فى فاسده . ونقل البغوىّ عن أحمد فى رجل أعطى آخر دراهم يشترى له بها شاةً ، فخلطها مع دراهمه ، فضاعا ، فلا شىء عليه ، وإن ضاع أحدهما ، أيهمّا ضاع غرِمه . قال القاضى : هـذا محمول على أنه خلطها بما تميّز منها . ويحتمل أنه إن أذن له فى خلطها بما لا تتميّز منه بغير إذنه ضمنها ، كالوديعة ، وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنّه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكِّل . والأصل بقاؤها . ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه ، فأمّا على المحمِل الآخر ، وهو إذا خلطها بما تتميَّز منه . فإذا ضاعت دراهم الموكّل وحدها فلا ضمان عليه ، لأنهّا ضاعت من غير تعدٍّ منه .

٣٧٠٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالاً ، فادّعى أنه دفعه إليه لم يُقبل قوله على الآمر الآخر إلا ببيّنة ﴾

وجملته : أن الرجل إذا وكّل وكيلاً فى قضاء دينه ، ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادّعى الوكيل قضاء الدين ، ودفع المال إلى الغريم . لم يُقبل قوله على الغريم إلاّ ببيّنه . لأنه ليس بأمينه . فلم يقبل قوله عليه فى الدفع إليه ، كما لو ادّعى الموكّل ذلك . فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكِّل . لأن ذمّته لا تبرأ بدفع المال إلى

وكيله . فإذا دفعه فهل للموكّل الرجوع على وكيله ؟ يُنظر ، فإن ادّعى أنه قضى الدين بغير بيّنة فللموكّل الرجوع عليه ، إذا قضاه فى غيبة الموكّل . قال القاضى : سواء صدّقه أنه قضى الحقّ أو كذّبه ، وهذا قول الشافعىّ . لأنه أذن له فى قضاء يُبرّئه ، ولم يوجد ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليه بشىء إلا أن يكون أمره بالاشهاد ، فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية : إن صدّقه الموكّل فى الدفع لم يرجع عليه بشىء ، وإن كذّبه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وهذا قول أبى حنيفة ، ووجهٌ لأصحاب الشافعىّ ، لأنه ادّعى فعل ما أمر به موكّله . فكان القول قوله ، كما لو أمره ببيع ثوبه ، فادّعى أنه باعه . ووجه الأول : أنهُ مفرّط بترك الإشهاد ، فضمن ، كما لو فرّط فى البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالإشهاد . قلنا : إطلاق الأمر بالقضاء يقتضى ذلك . لأنه لا يثبت إلا به ، فيصير كأمره بالبيع ، والشراء ، يقتضى ذلك العرف ، لا العموم . كذا ههنا . وقياس القول الآخر : يمكن القول بموجبه . وأن قوله مقبول فى القضاء ، لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لردّ قوله . وعلى هذا : لوكان القضاء بحضرة الموكّل لم يضمن الوكيل شيئاً ، لأن تركه الاشهاد والاحتياط رضًى منه بما فعل . وكيلهُ . وكذلك لو أذن له فى القضاء بغير إشهاد ، فلا ضمان على الوكيل . لأن صريح قوله يقدّم على ماتقتضيه دلالة الحال ، وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً ، فماتوا ، أو غابوا ، فلا ضمان عليه لعدم تفريطه . وإنأشهدمن يختلف فى ثبوت الحقّ بشهادته كشاهد واحد ، أو رجلا وامرأتين ، فهـل يبرأ من الضمان ؟ يخرّج على روايتين . وإن اختلف الوكيل ، والموكّل ، فقـال : قضيت الدين بحضرتك : قال : بل فى غيبتى ، أوقال : أذنتَ لى فى قضائه بغير بيّنـة ، فأنـكر الإذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً ، فماتوا ، فأنـكر الموكّل . فالقولُ قول الموكّل لأن الأصل معه .

٣٧٠٩ (فصـــــــل)

وإن وكّله فى إيداع ماله ، فأودعه ، ولم يُشهد . فقال أصحابنا : لا يضمن إذا أنـكر المودَع ، وكلام الخِرَقىّ بعمومه يقتضى أن لا يقبل قولُه على الآمر ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأنّ الوديعةَ لا تثبُت إلاّ بالبيّنة ، فهى كالدين ، وقال أصحابنا : لا يصحّ القياس على الدين . لأن قول المودَع يُقبل فى الردّ والهلاك ، فلا فائدة فى الاستيثاق . بخلاف الدين . فإن قال الوكيل : دفعت المال إلى المودَع ، فقال : لم تدفعه ، فالقول قولُ الوكيل ، لأنّهما اختلفا فى تصرّفه ، وفيما وكّل فيه . فـكان القول قولَه فيه .

٣٧١٠ (فصـــــــل)

وإذا كان على رجل دين ، وعندهوديعة ، فجاءه إنسان ، فادّعى أنه وكيل صاحب الدين ، والوديعة فى

قبضهما ، وأقام بذلك بيّنة . وجب الدفع إليه . وإن لم يقم بيّنة لم يلزمه دفعهما إليه ، سواء صدّقه فى أنه وكيله ، أو كذّبه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إن صدّقه لزمه . وفاء الدين ، وفى دفع العين إليه روايتان . أشهرهما : لا يجب تسليمها . واحتجّ بأنه أقرّ له بحقّ الاستيفاء . فلزمه إيفاؤه ، كما لو أقرّ له أنه وارثه .

ولنـا : أنه تسليم لا يُبرّئه . فلا يجب ، كما لو كان الحقّ عيناً . وكما لو أقر بأن هذا وصىّ الصغير ، وفارق الإقرار بكونه وارثه . لأنه يتضمّن براءته ، فإنّه أقرّ بأنه لا حقّ لسواه ، فأمّا إن أنكر وكالته لم يُستحلف . وقال أبو حنيفة : يُستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى وجوب الدفع مع التصديق . فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ومن ، لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب ، لعدم فائدتها ، فإن دفع إليه مع التصديق ، أو مع عدمه ، فحضر الموكِّل ، وصدّق الوكيل برىء الدافع . وإن كذبه فالقولُ قوله مع يمينه . فإذا حلف ، وكان الحقُّ عيناً قائمةً فى يد الوكيل فله أخذها ، وله مطالبة من شاء بردِّها . لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقِّها ، والوكيل عيِّن ماله فى يده : فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها ، وأخذها من يده ليسلِّمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين ، أو تعذّر ردّها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما . لأن الدافع ضمنها بالدفع ، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحقّ قبضه ، وأيّهما ضمن لم يرجع على الآخر . لأن كلّ واحد منهما يدّعى أن ما يأخذه المالك ظلم . ويقرُّ بأنه لم يوجد من صاحبه تعدّ . فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره ، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة . فإن ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقرّ بوكالته ، ولا ثبتت ببيّنة . وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه . وإن صدّقه لكن الوكيل تعدّى فيها ، أو فرّط استقرّ الضمان عليه . فإن ضمن لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الدافع رجع عليه . لأنه وإن كان يقرُّ أنه قبضه قبضاً صحيحاً ، لكن لزمه الضمان بتفريطه ، وتعدّيه ، فالدافع يقول : ظلمنى المالك بالرجوع علىّ ، وله على الوكيل حقٌّ يعترف به الوكيل ، فيأخذه يستوفى حقّه منه ، فأمّا إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده . لأن حقه فى ذمّة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحقّ ، والذى أخذه الوكيل عَيْن مال الدافع فى زعم صاحب الحقّ ، والوكيل ، والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحقّ ، وأنه ظالم بالأخذ منه . فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل . ويكون قِصاصاً ممّا أخذه منه صاحبُ الحقّ ، وإن كان قد تلف فى يد الوكيل لم يرجع عليه بشىء . لأنه مقرّ بأنه أمين ، لا ضمان عليه ، إلاّ أن يتلف بتعدّيه . وتفريطه ، فيرجع عليه .

٣٧١١ (فصـــل)

فإن جاء رجل فقال : أنا وارث صاحب الحقّ ، فإن أنـكره لزمته اليمين : انّه لايعلم صحـّـة ماقال . لأن اليمين ههنا على نفى فعل الغير فـكانت على نفى العلم . لأنه لو صدّقه لزمه الدفع إليه . فلمّا لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنـكار . وإن صدّقه فى أنّه وارث صاحب الحقّ لا وارثَ له سواه لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحقّ ، وأنه يبرأ بهذا الدفع ، فلزمه ، كالو جاء صاحب الحقّ ، فأمّا إن جاء رجل، فقال : قد أحالنى عليك صاحبُ الحقّ ، فصدّقه ، ففيه وجهان :

أحدهما : لايلزمه الدفع إليه . لأن الدفع إليه غيرُ مُبرىء ، ولاحتمال أن يجىء المحيل ، فينـكر الحوالة، أو يضمنه ، فأشبه المدّعى للوكالة .

والثانى : يلزمه الدفع إليه . لأنه معترف بأن الحقّ له ، لا لغيره . فأشبه الوارث .

فإن قلنا : يلزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنـكار ، وإن قلنـا : لا يلزمه الدفع مع الإقرار لم تلزمه اليمين مع الإنـكار ، لعدم الفائدة فيها . ومثل هذا مذهب الشافعىّ .

٣٧١٢ (فصـــل)

ومن طلب منه حقٌّ ، فامتنع من دفعه حتى يُشهد القابض على نفسه بالقبض نظرتَ . فإن كان الحقّ عليه بغير بيّنة لم يلزمه القاضي بالاشهاد ، لأنّه لا ضرر عليه فى ذلك . فإنه متى ادّعى الحقّ على الدافع بعد ذلك قال لا يُستحقّ علىّ شىء ، والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحقّ ثبَت ببيِّنة ، وكان مَن عليه الحقّ يُقبل قوله فى الردِّ ، كالمودَع ، والوكيل بغير جُعْلٍ ، فـكذلك ، لأنّه متى ادُّعِىَ عليه حقٌّ ، أو قامت به بيِّنة ، فالقولُ قوله فى الردِّ ، وإن كان ممّن لا يُقبل قوله فى الردّ ، أو يختلف فى قبول قوله ، كالغاصب ، والمستعير ، والمرتهن ، لم يلزمه تسليم ما قبـله إلاَّ بالاشهاد ، لئلاَّ يُنـكر القابض القبض ، ولا يُقبل قول الدافع فى الردّ . وإن قال : لا يستحقُّ علىّ شيئاً قامت عليه البيِّنة ، أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحقِّ ، إلى مَن عليه الحقّ . لأن بينة القبض تُسقط البيِّنة الأولى ، والـكتاب ملـكه . فلا يلزمه تسليمه إلى غيره .

٣٧١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وشراء الوكيل من نفسه غير جائز ، وكذلك الوصىّ ﴾ .

وجملة ذلك : أن من وكّل فى بيع شىء لم يجُـز له أن يشتريَه من نفسه فى إحـدى الروايتين ، نقلها مهنا . وهو مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وكذلك الوصىُّ لايجوز أن يشترى من مال اليتيم شيئاً لنفسه فى إحدى الروايتين . وهو مذهبُ الشافعىِّ ، وحُـكى عن مالك ، والأوزاعىِّ جوازُ ذلك فيهما .

والرواية الثانية : عن أحمد : يجوز لهما أن يشتريا بشرطين :

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه فى النداء .

والثانى : أن يتولَّى النّداء غيرُه . قال القاضى : يحتمل أن يكون اشتراط تولِّى غيره النداء واجباً . ويحتمل أن يكون مُستحبًّا . والأول أشبه بظاهر كلامه . وقال أبو الخطّاب : الشرط الثانى : أن يولّى من يبيع ، ويكون هو أحد المشترين .

فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها ، وهذا توكيل ، وليس للوكيل التوكيل ؟

قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولّى مثله بنفسه ، والنداء ممّا لم تجْرِ العادة أنّ يتولاّه أكثر الناس بنفوسهم ، وإن وكل إنساناً يشترى له ، وباعه هو جاز على هذه الرواية . لأنه امتثل أمر موكّله فى البيع ، وحصل غرضه من الثمن . فجاز ، كما لو اشتراها أجنبىٌّ . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجوز للوصىّ الشراء دون الوكيل ، لأن الله تعالى قال (وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرَبه بالتى هى أحسن ، ولأنه نائب عن الأب ، وذلك جائز للأب ، فكذلك لنائبه .

ووجه الرواية الأولى : أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره ، فحملت الوكالة عليه كما لو صرّح به ، فقال : بعه غيرك . ولأنه تلحقه التهمة ، ويتنافى الغرضان فى بيعه نفسه ، فلم يجُز ، كما لو نهاه . والوصىُّ كالوكيل ، لا يلى بيع مال غيره بتولّيه . فأشبه الوكيل ، أو متهم ، فأشبه الوكيل ، بل التهمة فى الوصىّ آكدُ من الوكيل ، لأن الوكيل يتّهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غيرُ ، والوصىّ يتّهم فى ذلك ، وفى أنه يشترى من مال اليتيم ما لاحظّ لليتيم فى بيعه . فكان أولى بالمنع ، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قرباً له بالتى هى أحسن . وقد رُوى عن ابن مسعود : أنّه قال فى رجل أوصى إلى رجل بتركته ، وقد ترك فرساً ، فقال الوصىُّ : اشتره ؟ قال : لا .

٣٧١٤ (فصل)

والحكم فى الحاكم ، وأمينه ، كالحكم فى الوكيل ، والحكم فى بيع أحد هؤلاء لوكيله ، أو ولده الصغير ، أو الطفل يلى عليه أو لوكيله ، أو عبده المأذون كالحكم فى بيعه لنفسه . كلّ ذلك يخرّج على روايتين ، ، بناء على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير ، أو والده أو مكاتَبه ، فذكرهم أصحابُنا أيضا فى جملة مايخرّج على روايتين ،ولأصحاب الشافعىّ فيهم وجهان ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل أمر موكّله ، ووافق العرف فى بيع غيره . فصحّ ، كما لو باعه لأخيه ، وفارق البيع لوكيله ، لأنّ الشراء إنّما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلى عليه بيع لنفسه . لأنّه هو المشترى

له ، ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن ، كتهمته في حق نفسه . وكذلك لاتقبل شهادته ، والحكم فيما أراد أن يشترى لموكله كالحكم في بيعه لماله ، لأنهما سواء في المعنى .

٣٧١٥ (فصل)

وإن وكل رجلا يتزوج له امرأة . فهل له أن يزوجه ابنته : يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع ، هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز ، ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها . وإن أذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان، بناء على ما ذكره في البيع ، وكذلك إن وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثلُ ذلك .

٣٧١٦ (فصل)

وإن وكله رجل في بيع عبده ، ووكله آخر في شراء عبد . فقياس المذهب : أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه . لأنه أذن له في طرفي العقد . فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما ، فالقياس جوازه . لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما. والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة كل واحد منهما . ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان .

٣٧١٧ (فصل)

وإذا أذن للوكيل أن يشترى من نفسه جاز له ذلك . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : لا يجوز.لأنه يجتمع له في عقده غرضان : الاسترخاصُ لنفسه ، والاستقصاءُ للموكل . وهما متضادان، فتمانعا.

ولنا : أنه وكل في التصرف لنفسه ، فجاز ، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها . ولأن علة المنع هي من المشترى لنفسه ، في محل لاتفاق التهمة ، لدلالتهما على عدم رضى الموكل بهذا التصرف ، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه ، وإذنه . وقد صرح ههنا بالإذن فيها . فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه . وقولهم : إنه يتضاد مقصوده في البيع ، والشراء . قلنا : إن عين الموكل له الثمن ، فاشترى به ، فقد زال مقصود الاستقصاء . وأنه لا يُراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل ، كما لو باع الأجنبي . وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشترى له نفسه من سيده وجهاً : أنه لا يجوز . فيخرج ههنا مثله . والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى .

٣٧١٨ (فصل)

إذا وكل عبداً يشترى نفسه من سيده ، أو يشترى منه عبداً آخر ، ففعل صح . وبه قال أبو حنيفة،

وبعض الشافعيّة ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن يد العبد كيد سيِّده . فأشبه ما لو وكّله فى الشراء من نفسه . ولهذا يحكم للانسان بما فى يد عبده . وذكر أصحابنا وجهاً كذلك .

ولنا : أنه يجوز أن يشترى عبداً من غير مولاه ، فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبىّ . وإذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه ، كما أن المرأة لما جاز توكيلها فى طلاق غيرها جاز فى طلاق نفسها . والوجه الذى ذكره أصحابنا لا يصح . لأن أكثر ما يقدّر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيِّده . وقد ذكرنا صحّة توكيل السيِّد فى الشراء ، والبيع من نفسه . فههنا أولى . فعلى هذا إذا قال العبد : اشتريت نفسى لزيد . فصدّقه سيِّده ، وزيد صحّ . ولزم زيداً الثمن . وإن قال السيِّد : ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله ، وإقراره على نفسه بما يعتق به ، ويلزم العبد الثمن فى ذمّته لسيِّده . لأن زيداً لا يلزمه الثمن ، لعدم حصول العبد له ، وكون سيِّده لا يدّعيه عليه . فلزم العبد . لأن الظاهر ممّن باشر العقد أنه له ، وإن صدّقه السيِّد وكذّبه زيد نظرتَ فى تكذيبه . فإن كذبه فى الوكالة حلف وبرىء . وللسيِّد فسخ البيع ، واسترجاع عبده ، لتعذّر ثمنه . وإن صدّقه فى الوكالة ، وكذّبه فى أنك ما اشتريت نفسك لى . فالقولُ قولُ العبد ، لأنّ الوكيل يقبل قوله فى التصرّف المأذون فيه .

٣٧١٩ (فصل)

وإن وكّل عبده فى إعتاق نفسه ، أو امرأته فى طلاق نفسها صحّ ، وإن وكّل العبد فى إعتاق عبيده ، والمرأة فى طلاق نسائه . لم يملك العبد إعتاق نفسه ، ولا المرأة طلاق نفسها . لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرّف فى غيره ، ويحتمل أن لهما ذلك ، أخذاً من عموم لفظه . كما يجوز الوكيل فى البيع البيع من نفسه ، فى إحدى الروايتين ، وإن وكّل غريماً له فى إبراء نفسه صحّ . لأنه وكله فى إسقاط حقّ عن نفسه . فأشبه توكيل العبد فى إعتاق نفسه ، وإن وكّله فى إبراء غرمائه لم يكن له أن يبرّىء نفسه ، كما لو وكّله فى حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكّله فى خصومتهم لم يكن وكيلاً فى خصومة نفسه . ويحتمل أن يملك إبراء نفسه ، لما ذكرنا من قبل ، وإن وكل المضمون عنه فى إبراء الضامن . فأبرأه صحّ . ولا يبرأ المضمون عنه ، وإن وكّل الضامن فى إبراء المضمون عنه ، أو الكفيل فى إبراء المكفول عنه،فأبرأه صحّ ، وبرىء الوكيل ببراءته ، لأنه فرع عليه . فإذا برىء الأصل برىء الفرع ببراءته .

٣٧٢٠ (فصل)

وإن وكّله فى إخراج صدَقةٍ على المساكين ، وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع إليه مالاً ، وأمره بتفريقه على من يريد ، أو دَفْعه إلى من شاء . فالمنصوص عن أحمد . أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً ، فإن أحمد قال : إذا كان فى يده مال للمساكين ، وأبواب البرّ ، وهو محتاج

فلا يأكل منه شيئاً . وإنما أمره بتنفيـــذه . وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره . ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ . كالمسائل التى تقدّمت . ولأن المعنى الذى حصـــل به الاستحقاق متحقِّق فيهِ ، واللفظ متناول له ، فجاز له الأخذ كغيره ، ويحتمـــل الرجوع فى ذلك إلى قرائن الأحوال : فما غلب على الظنّ فيهِ أنهُ أراد العموم فيهِ ، وفى غيره ، فله الأخذ منه ، وما غلب أنه لم يردّه ، فليس له الأخذ ، وما تساوى فيهِ الأمران احتمل وجهين . وهل له أن يُعطيه لولده ، أو والده ، أو امرأته ؟ فيه وجهان .

أولها : جوازه . لدخولهم فى عمـــوم لفظه ، ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع إليهم . فأمّا من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم ، كما يجوز دفع صدقةِ التطوّع إليهم .

٣٧٢١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه ﴾

يعنى أن الأب يجوز أن يشترى لنفسه من مال ابنه الذى فى حِجْره ، ويبيع ولده من مال نفسه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، ومالك ، والأوزاعىّ : وزادوا الجدَّ ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لايجوز لأن حقوق العقد تتعلّق بالعاقد . فلا يجوز أن يتعلّق به حكمان متضادّان ، ولأنه لا يجوز أن يكون موجَباً، وقابلاً فى عقد واحد ، كما يجوز أن يتزوّج بنتَ عمِّه من نفسه .

ولنـا : أن هذا يلى بنفسه ، فجاز أن يتولى طرفى العقد ، كالأب يزوّج ابنته عبده الصغير ، والسيّد يزوّج عبده أمته . ولا نسلّم ما ذكره من تعلّق حقوق العقد بالعاقد لغيره . فأما الجدّ فلا ولاية له على ابن ابنه ، على ما سنذكره فى موضعه . فينزّل منزلة الأجنبىّ . ولأنّ التهمـة بين الأب وولده مُنتفية . إذ من طبعه الشفقة عليه ، والميلُ له ، وتركُ حظّ نفسه لحظّه . فلذلك جاز ، وفارق الجد ، والوصىّ ، والحاكم ، وأمينه . فإن التهمة غير مُنْتَفيةفى حقِّهم ، وأما تولى طرفى العقد فيجوز . بدليل الأصل الذى ذكرناه . ولا نسلّم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوّج ابنة عمّه ، بل يجوز . بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ « أَتَجْعَلِينَ أَمْرَكِ إلىّ ؟ قالت : نعم . قال : قد تَزَوَّجْتُكَ » ولئن سلّمنا ، فلأنّ التهمة غيرُ مُنتفية ثَمَّ .

٣٧٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكِّل ، أو موته فباطل ﴾

وجملته : أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فللموكِّل عزلُ وكيله متى شاء . وللوكيل عزلُ نفسه ، لأنه أذن فى التصرّف ، فـكان لـكلّ واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضاًبموت

أحدهما أيّهما كان ، وجنونه المُطبق . ولا خلاف فى هـذا كلّه فيما نعلم ، فمتى تصرّف الوكيل بعد فسخ الموكّل ، أو موته ، فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ، ولا موت الموكّل . فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعىّ فيه قولان . وظاهر كلام الخرقىّ هذا : أنه ينعزل ، علم أو لم يعلم ، ومتى تصرّف ، فبان أن تصرّفه بعدَ عزله ، أو موت موكّله فتصرُّفه باطل ، لأنه رفعُ عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه . فلا يفتقر إلى علمه ، كالطلاق ، والعِتاق .

والرواية الثانية : عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكّل ، وعزله . نصّ عليه فى رواية جعفر ابن محمد . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر . لأنه قد يتصرّف تصرّفاتٍ فتقع باطلةً : وربّما باع الجارية ، فيطؤها المشترى ، أو الطعام فيأكله ، أو غير ذلك ، فيتصرّف فيه المشترى ، ويجب ضمانه ، ويتضرّر المشترى ، والوكيل . ولأنه يتصرّف بأمر الموكّل ولا يثبت حكم الرجوع فى حقّ المأمور قبل علمه كالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرّف قبل العلم نفذ تصرُّفه ، وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكّل فلا ينعزل قبل علمه ، لمـا ذكرنا . وإن عزل الوكيلُ نفسَه لم ينعزل إلا بحضرة الموكّـل . لأنه متصرّف بأمر الموكّـل . فلا يصحّ ردّه أمره بغير حضرته ، كالمودَع فى ردّ الوديعة .

ولنـا : ما تقدّم ، فأما الفسخُ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان . فإنّ أمر الشارع يتضمّن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصياً من غير علمه . وهذا يتضمّن العزل عنه إبطال التصرُّف ، فلا يمنع منه عدمُ العلم .

٣٧٢٣ (فصـــل)

ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرُّف ، مثل أن يُجنّ ، أو يُحجر عليه لسفهٍ ، فحكمه حكم الموت . لأنه لا يملك التصرّف ، فلا يملكه غيره من جهته ، قال أحمد فى الشركة . إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل ، وإن حُجِر على الوكيل لفلَسٍ فالوكالة بحالها . لأنه لم يخرُج عن كونه أهلاً للتصرّف ، وإن حُجِر على الموكّـل ، وكانت الوكالة فى أعيان ماله ، بطلت ، لانقطاع تصرّفه فى أعيان ماله . وإن كانت فى الخصومة ، أو الشراء فى الذمّـة ، أو الطلاق ، أو الخُلع ، أو القِصاص فالوكالة بحالها . لأن الموكّـل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداءً ، فلا تنقطع الاستدامة . وإن فسق الوكيل لم ينعزل . لأنه من أهل التصرُّف إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسقُ ، كالإيجاب فى عقد النّكاح ، فإنه ينعزل بفسقه ، أو فسق موكّله بخروجه عن أهليّة التصرُّف . فإن كان وكيلاً فى القبول للموكّـل لم ينعزل بفسق مُوكّله . لأنه لا ينافى جواز قبوله . وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلاً فيما تُشترط فيه الأمانة ، كوكيل وليّ اليتيم ، ووليّ الوقف على المساكين، ونحوهذا انعزل بفسقه ، وفسق موكّله ، بخروجهما بذلك عن أهليّة التصرّف .

وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرّف في مال نفسه انعزل بفسقه ، لأنّ الوكيلَ ليس له توكيلُ فاسقٍ ، ولا ينعزل بفسق مُوكّله لأن موكّله وكيلٌ لربِّ المـال ، ولا ينافيه الفسقُ .

ولا تبطل الوكالة بالنوم ، والسكر والإغماء لأن ذلك لا يُخرجه عن أهليّة التصرّف . ولا تثبُت عليه ولاية إلا أن يحصُل الفسقُ بالسكر . فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه .

٣٧٢٤ (فصــــل)

ولا تبطل الوكالة بالتعدِّي فيما وكّل فيه ، مثل أن يلبس الثوب ، ويركب الدابة . وهــذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، والوجه الثاني : تبطل الوكالة . لأنّها عقدُ أمانةٍ فتبطل بالتعدِّي ، كالوديعة .

ولنا : أنه إذا تصرّف فقد تصرّف بإذن موكّله ، فصحّ ، كما لو لم يتعدَّ ، ويُفارق الوديعة من جهة أنّها أمانة مجرّدة ، فنافاها التعدّي ، والخيانة . والوكالة إذنٌ في التصرّف تضمّنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدّي بقي الإذنُ بحاله ، فعلى هذا : لو وكّله في بيع ثوب ، فلبسه ، صار ضامناً . فإذا باعه صحّ بيعُه ، وبرىء من ضمانه ، لدخوله في ملك المشترى ، وضمانه . فإذا قبض الثمن كان أمانةً في يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه بإذن الموكِّل ، ولم يتعدَّ فيه . ولو دفع إليه مالاً ، ووكّله في شراء شيء ، فتعدّى في الثمن صار ضامناً له . فإذا اشترى به ، وسلّمه زال الضمان ، وقبضُه للمبيع قبضُ أمانةٍ .

وإن وجد بالمبيع عيب فرُدّ عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فردّه ، وقبض الثمن كان مضموناً عليه . لأن العقد المُزيل للضمان زال ، فعاد ما زال عنه .

٣٧٢٥ (فصــــل)

وإن وكّل امرأته في بيع ، أو شراء ، أو غيره ، ثم طلّقها لم تنفسخ الوكالة . لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة ، فلا يقطع استدامتها . وإن وكّل عبده ، ثمّ أعتقه ، أو باعه ، لم ينعزل ، لذلك ، ويحتمل أن ينعزل ، لأنّ توكيل عبده ليس بتوكيلٍ في الحقيقة ، إنّما هو استخدامٌ بحقِّ الملك ، فيبطلُ بزوال الملك ، فاذا باعه فقد صار إلى ملك مَنْ لم يأذن في توكيله ، وثبوتُ ملك غيره فيه يمنعُ ابتداء توكيله بغير إذنه ، فقطع استدامته ، وهكذا الوجهان فيما إذا وكّل عبد غيره ، ثم باعه ، والصحيح : أن الوكالة لا تبطُل . لأنّ سيّد العبد أذن له في بيع ماله ، والعتق لا يُبطِل الإذنَ .

وهكذا إن باعه ، إلا أنّ المشتريَ إن رضى ببقائه على الوكالة بقي ، وإن لم يرضَ بذلك بطلت الوكالة .

وإن وكّل عبد غيره ، فأعتقه ، لم تبطُل الوكالة . وجهاً واحداً . لأن هذا توكيلٌ حقيقةً ، والعتق

غيرُ منافٍ له ، وإن اشتراه الموكّل منه لم تبطُل الوكالة . لأن ملكه له لا يُنافي إذنه له فى البيع ، أو الشراء .

٣٧٢٦ (فصـــــل)

وإن وكّل مسلم كافرا فيما يصحّ تصرّفه فيه صحّ توكيله ، سواء كان ذمّياً أو مستأمناً أو حَرْبيا ، أو مُرتدًّا . لأن العدالة غيرُ مشترطة فيه . وكذلك الدين كالبيع . وإن وكّل مُسلما ، فارتدّ لم تبطل الوكالة ، سواء لحق بدار الحرب ، أو أقام . وقال أبو حنيفة : إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته . لأنه صار منهم .

ولنا : أنه يصحّ تصرّفه لنفسه ، فلم تبطُل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب . ولأن الردّة لا تمنع ابتداء وكالته ، فلا تمنع استدامتها ، كسائر الكفر ، وإن ارتدّ الموكّل لم تبطل الوكالة فيما له التصرّف فيه ، فأما الوكيل فى ماله . فينبنى على تصرّفه نفسه ، فإن قلنا : يصحّ تصرّفه لم يبطل توكيله . وإن قلنا : هو موقوف فوكالته موقوفة ، وإن قلنا : يبطل تصرّفه بطل توكيله . وإن وكّل فى حال ردّته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً .

٣٧٢٧ (فصـــــل)

ولو وكّل رجلاً فى نقل امرأته ، أو بيع عبده . أو قبض داره من فلان فقامت البيّنة بطلاق الزوجة ، وعتق العبد ، وانتقال الدار عن الموكّل بطلت الوكالة . لأنه زال تصرّف الموكّل فزالت وكالته .

٣٧٢٨ (فصـــــل)

وإن تلفت العين التى وكّل فى التصرّف فيها بطلت الوكالة . لأن محلّها ذهب ، فذهبت الوكالة ، كما لو وكّله فى بيع عبد ، فمات ، ولو دفع اليه ديناراً ، ووكّله فى الشراء به ، فهلك الدينار ، أو ضاع ، أو استقرضه الوكيلُ ، وتصرّف فيه بطلت الوكالة ، سواء وكّله فى الشراء بعينه ، أو مُطلقاً . لأنه إن وكّله فى الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه ، فبطلت الوكالة ، وإن وكّله فى الشراء مُطلقاً ، ونقد الدينار بطلت أيضاً . لأنه إنّما وكّله فى الشراء به ، ومعناه : أن ينقده ثمن ذلك المبيع : إمّا قبل الشراء ، أو بعده . وقد تعذّر ذلك بتلفه . ولأنه لو صحّ شراؤه للزم الموكّل ثمنٌ لم يلزمه ، ولا رضى بلزومه . وإذا استقرضه الوكيلُ ، ثم عَزل ديناراً عِوضَه ، واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن . لأن الوكالة بطلت ، والدينار الذى عزله عِوضاً لا يصير للموكّل حتى يَقبضه ، فاذا اشترى للموكّل به شيئاً وقف على إجازة الموكّل ، فإن أجازه صحّ ، ولزم الثمن ، وإلا لزم الوكيل ، وعنه يلزم الوكيلَ بكلّ حال .

وقال القاضى : متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراءُ باطل . لأنه لا يصحّ أن يشترى بعين ماله ما يملكه غيرُه .

وقال أصحاب الشافعىّ : متى اشترى لغيرة بمال نفسه شيئاً صحّ الشراء للوكيل ، سواء اشتراه بعين

المال ، أو فى الذمّة . لأنه اشترى له مالم يُؤذن له فى شرائه ، أشبه ما لو اشتراه فى الذمّة .

٣٧٢٩ (فصـــل)

نقل الأثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم ، فقال له : إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان ، وغاب صاحبُ الحقّ ولم يُوصِ إلى هذا الذى أذن له فى القبض ، لكن جعله وكيلاً وتمكّن مَنْ عليه الدينُ من القضاء ، فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكّل قد مات ، ويخاف التبعة من الورثة . فقال : لا يُعجبنى أن يدفع إليه ، لعلّه قد مات ، لكن يجمع بين الوكيل ، والورثة ، ويبرأ إليهما من ذلك .

هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم ، خوفاً من التبعة من الورثة ، إن كان موروثهم قد مات ، فانعزل وكيله ، وصار الحقّ لهم ، فيرجعون على الدافع إلى الوكيل . فأمّا من طريق الحكم فللوكيل المطالبة ، وللآخَر الدفع إليه فإنّ أحمد قد نصّ فى رواية حرب : إذا وكّله فى الحدّ ، وغاب استوفاه الوكيلُ . وهو أبلغ من هذا . لكونه يدرأ بالشُّبهات ، لكن هذا احتياطٌ حسن ، وتبرئةٌ للغريم ظاهراً ، وباطناً ، وإزالةٌ للتبعة عنه. وفى هذه الرواية دليل على أنّ الوكيل انعزل بموت الموكّل . وإن لم يعلم بموته . لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكّل قد مات ، وانتقل إلى الورثة .

ويجوز أن يكون اختار هذا لئلاّ يكون القاضى ممّن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به ، وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الإيجاب . لأنه وكّله فى قبض الحقّ ولم يعلمه . ولم يكن حاضراً ، فيقبل . وفيها دليل على صحّة التوكيل بغير لفظ التوكيل . وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل: بع ثوبى: ليس شىء حتّى يقول : قد وكّلتك . وهذا سهو من الناقل . وقد تقدّم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل . وهو الذى نقله الجماعة .

٣٧٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وكّله فى طلاق زوجته فهو فى يده ، حتىّ يفسخ أو يطأ ﴾

وجملة ذلك : أن الوكالة إذا وقعت مُطلقةً غير مؤقتة ملك التصرّف أبداً ، مالم تنفسخ الوكالة . وفسخ الوكالة أن يقول . فسختُ الوكالة ، أو أبطلتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أوصرفتك عنها، وأزلتك عنها، أو ينهاه عن فعل ما أمره به ،ووكّله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله ، المؤدّية معناه ، أو يعزل الوكيلُ نفسه ، أو يوجد ما يقتضى فسخها حكماً ، على ما قد ذكرنا ، أو زوال ملكه عمّا قد وكّله فى التصرّف فيه ، أو يوجد ما يدلّ على الرجوع عن الوكالة .

فإذا وكّله فى طلاق امرأته ، ثم وطئها انفسخت الوكالة . لأنّ ذلك يدلّ على رغبته فيها ، واختياره إمساكها ، وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعيّاً . كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضى استبقاءها على نكاحها ، ومنع طلاقها أولى .

وإن باشرها دون الفرج ، أو قبّلها ، أو فعل بها ما يحرُم على غير الزوج . فهل تفسخ الوكالة فى الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به .

وإن وكّله فى بيع عبد ، ثمّ أعتقه ، أو باعه بيعاً صحيحا ، أو كاتبه ، أو دبّره انفسخت الوكالة . لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن فى التصرّف فيما لا يملكه ، وفى الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلاً للبيع ، وعلى الرواية الأخرى : تصرّفه فيه بذلك يدلّ على أنه قصد الرجوع عن بيعه ، وإن باعه بيعاً فاسداً تبطُل الوكالة . لأن ملكه فى العبد لم يزُل ، ذكره ابن المنذر .

٣٧٣١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن وكّل فى شراء شىء ، فاشترى غيره كان الآمرُ مخيّراً فى قبول الشراء . فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطُل الشراء ﴾

وجملته : أن الوكيل فى الشراء إذا خالف موكّله ، فاشترى غير ما وكّل فى شرائه مثل أن يوكّله فى شراء عبد ، فيشترىَ جاريةً لم يخلُ من أن يكون اشتراه فى ذمّته ، أو بعين المال . فإن كان اشتراه فى ذمّته ، ثمّ نقد ثمنه ، فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته ، وليس ذلك مِلكاً لغيره . وقال أصحابُ الشافعىّ : لا يصحّ فى أحد الوجهين . لأنه عقده على أنّه للموكّل ، ولم يأذن فيه ، فلم يصحّ . كما لو اشترى بعين ماله .

ولنا : أنه لم يتصرّف فى ملك غيره . فصحّ ، كما لو لم ينوه لغيره .

إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان

إحداهما : الشراء لازم للمشترى . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأنه اشترى فى ذمّته بغير إذن غيره . فكان الشراء له ، كما لو لم ينو غيره .

والرواية الثانية : يقف على إجازة الموكّل . فإن أجازه لزمه . لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه ، كما لو اشترى بإذنه ، وإن لم يُجزه لزم الوكيل . لأنّه لا يجوز أن يلزم للموكّل . لأنه لم يأذن فى شرائه ، ولزم الوكيل ، لأن الشراء صدر منه ، ولم يثبت لغيره ، فيثبت فى حقّه ، كما لو اشتراه لنفسه ، وهكذا الحكم فى كلّ من اشترى شيئاً فى ذمّته لغيره بغير إذنه ، سواء كان وكيلاً للذى قصد الشراء له ، أو لم يكن وكيلاً له .

فأمّا إن اشترى بعين المال ، مثل أن يقول : بعنى الجاريةَ بهذه الدنانير ، أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيحُ من المذهب أن البيع باطل ، وهو مذهبَ الشافعىّ ، وفيه رواية أخرى : أنّه صحيح ، ويقف على إجازة المالك . فإن لم يُجزه بطل . وإن أجازه صحّ . لحديث عُروة بن الجَعْد : أنّه باع مالم يُؤذن له فى بيعه . فأقرّه عليه النبىُّ صلى الله عليه وسلم ودعا له . ولأنه تصرّف له بخير ، فصحّ ، ووقف على الإجازة ، كالوصيَّة بالزائد على الثلث .

ووجه الرواية الأولى : أنه عقد على مال من لم يأذن له فى العقد ، فلم يصحّ ، كما لو باع مال الصبىّ المراهق ، ثم بلغ ، فأجازه . ولأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حِزام «لاتَبِعْ مَالَيْسَ عِنْدَكَ» يعنى مالم تملك ، وأما حديث عُروةَ فإنه يحتمل أنه كان وكيلاً مُطلقاً . بدليل أنه باع ، وسلّم المبيع ، وأخذ ثمنه ، وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذنْ له فيه اتفاقاً ، ومتى حكمنا ببطلان البيع ، فاعترف له العاقدُ معه ببطلان البيع ، أو ثبت ذلك ببيِّنة ، فعليه ردّ ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ، ولا قامت به بيّنة حلف العاقدُ ، ولم يلزمه ردّ شىء . لأن الأصل أن تصرّف الإنسان لنفسه ، فلا يصدّق على غيره فيما يُبطلُ عقده .

وإن ادّعى البائع أنّه باع مال غيره بغير إذنه ، فالقولُ قول المشترى . لما ذكرناه ، ولو قال المشترى : إنك بعت مال غيرك بغير إذنه . فأنكر البائع ذلك ، وقال : بل بعتُ ملكى ، أو قال : بعتُ مالَ موكلى بإذنه . فالقولُ قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشترى على ما يُبطل البيع ، وقال الموكّل : بل البيعُ صحيح . فالقولُ قوله مع يمينه . ولا يلزمه ردّ ما أخذه من العِوَض .

٣٧٣٢ (فصل)

وإن وكّله فى أن يتزوّج له امرأة ، فتزوّج له غيرها ، أو تزوّج له بغير إذنه ، فالعقدُ فاسد بكلّ حال فى إحدى الروايتين ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأن مِنْ شَرْطِ صحّة النكاح ذكر الزوج ، فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ، ولا للوكيل . لأن المقصود أعيان الزوجين ، بخلاف البيع ، فإنّه يجوز أن يشترى له من غير تسمية المشترى له ، فافترقا .

والرواية الثانية : يصحّ النكاح ، ويقف على إجازة المتزوّج له . فإن أجازه صحّ ، وإلاّ بطل ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة . والقول فيه كالقول فى البيع على ما تقدّم .

٣٧٣٣ (فصل)

قال القاضى : إذا قال لرجل : اشتر بدَيْنى عليك طعاماً لم يصحّ . ولو قال : تسلّف لى ألفاً من مالك فى كرٍّ[1] طعام ، ففعل لم يصحّ . لأنه لا يجوز أن يشترى الإنسان بماله ما يملكه غيرُه

(١) الكر : أربعون إردبا .

وإن قال : اشتر لى فى ذمّتك . أو قال : تسلّف لى ألفاً فى كُرّ طعام ، واقض الثمن عنّى من مالك ، أو من الدين الذى لى عليك صحّ . لأنه إذا اشترى فى الذمّة حصل الشراء للموكِّل ، والثمنُ عليه . فإذا قضاه من الدين الذى عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحبُ الدين بدفعه إليه ، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذى عليه صار قرضاً عليه .

٣٧٣٤ (فصـــــل)

ولا يملك الوكيل من التصرّف إلا ما يقتضيه إذن موكّله من جهة النطق ، أو من جهة العُرف . لأن تصرّفه بالإذن فاختصّ بما أذن فيه . والإذن يُعرف بالنطق تارةً ، وبالعرف أخرى ، ولو وكّل رجلاً فى التصرّف فى زمن مُقيَّد لم يملك التصرّف قبله ، ولا بعده لأنه لم يتناوله إذنُه مُطلقاً ، ولا عُرفاً . لأنه قد يُؤْثِر التصرّف فى زمن الحاجة إليه دون غيره . ولهذا لما عيّن الله تعالى لعبادته وقتاً لم يَجُز تقديمُها عليه ، ولا تأخيرُها عنه .

فلو قال له : بع ثوبى غداً لم يَجُز بيعُه اليومَ ولا بعد غد ، وإن عيّن له المكان وكان يتعلق به غرض ، مثل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق ، وكان ذلك السوق معروفاً بجَوْدة النقد ، أو كثرة الثمن ، أو حِلِّه ، أو بصلاح أهله ، أو بمودّةٍ بين الموكِّل وبينهم تقيَّد الإذنُ به . لأنه قد نصّ على أمر له فيه غرض ، فلم يجُز تفويتُه . وإن كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيَّد الإذن به . وجاز له البيع فى غيره ، لمساواته المنصوص عليه فى الغرض . فكان تنصيصه على أحدهما إذناً فى الآخر ، كما لو استأجر ، أو استعار أرضاً لزراعة شىء ، كان إذناً فى زراعة مثله ، فما دونه .

ولو اشترى عَقَاراً كان له أن يُسكنه مثله . ولو نذر صلاةً ، أو اعتكافاً فى مسجد جاز الاعتكاف ، والصلاة فى غيره ، وسواء قدّر له الثمن ، أو لم يقدّره ، وإن عيّن له المشترىَ ، فقال : بعه فلاناً لم يملك بيعَه لغيره ، بغير خلاف علمناه ، سواء قدّر له الثمن ، أو لم يقدّره . لأنه قد يكون له غرض فى تمليكه إيّاه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة ، أو صريح ، أنّه لا غرض له فى عين المشترى .

٣٧٣٥ (فصـــل)

وإن وكّله فى عقد فاسد لم يملكه . لأن الله تعالى لم يأذن فيه . ولأن الموكل لا يملكه ، فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكِّل لم يأذن فيه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يملك الصحيح ، لأنه إذا أذن فى الفاسد فالصحيح أولى .

ولنا : أنه أذن له فى محرَّم ، فلم يملك الحلالَ بهذا الإذن ، كما لو أذن فى شراء خمر ، وخنزير ، لم يملك شراء الخيل ، والغنم .

٣٧٣٦ (فصـــل)

وإن وكّله فى بيع عبد ، أو حيوان ، أو عقار ، ونحوه ، أو شرائه ، لم يملك العقد على بعضه . لأن التوكيل تناول جميعه ، وفى التبعيض إضرار بالموكّـل ، وتشقيص للمـلكه ، ولم يأذن فيه ، وإن وكّـله فى بيع عبيد ، أو شرائهم ملك العقد عليهم جملةً واحدةً ، واحداً ، واحداً . لأن الإذن يتناول العقد عليهم جملةً ، والعرف فى بيعهم وشرائهم العقدُ على واحدٍ واحدٍ . ولا ضرر فى جمعهم ، ولا إفرادهم .

وإن قال : اشتر لى عبداً صفقةً واحدةً ، أو واحداً ، واحدا أو بعهم ، لم تَجُز مخالفته . لأن تنصيصه على ذلك يدلُّ على غرضه فيه ، فلم يتناول إذنُه سواه .

وإن قال : اشتر لى عبدين صفقةً ، فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما ، أو من أحدهما بإذن الآخر جاز .

وإن كان لـكلّ واحد منهما عبدٌ مفردٌ ، فاشتراهما من المالـكين ، بأن أوجبا له البيع فيهما ، وقَبِـل ذلك منهما بلفظ واحد . فقال القاضى : لا يلزم الموكّـل ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن عقد الواحد مـع الاثنين عقدان . ويحتمل أن يلزمه . لأن القبول هو الشراء ، وهو متّحد . والغرض لا يختلف .

وإن اشتراهما من وكيلهما ، وعيّن ثمن كلّ واحد منهما ، مثل أن يقول : بعتك هذين العبدين : هذا بمائة ، وهذا بمائتين ، فقال : قبلت . احتمل أيضـاً وجهين . وإن لم يعيّن ثمن كلّ واحد منهما لم يصحّ البيع فى أحد الوجهين . لأن ثمن كلّ واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصحّ ، ويقسّط الثمن على قدر قيمتهما .

٣٧٣٧ (فصـــل)

فإن دفع إليه دراهم ، وقال : اشترلى بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها ، وفى الذّمة . لأن الشراء يقع على هذين الوجهين ، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وإن قال : اشتر بعينها ، فاشتراه فى ذمّته ، ثم نقدها لم يلزم الموكّـل . لأنه إذا تعيّن الثمن انفسخ العقدُ بتلفه ، أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمنٌ فى ذمّته ، وهذا غرض للموكّـل . فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكّل ؟ على روايتين .

وإن قال : اشتر لى فى ذمّتك ، وانقد هذه الدراهم ثمناً ، فاشتراه بعينها ، فقال أصحابنا : يلزم الموكّـل لأنه أذن له فى عقد يلزمهُ به الثمن ، مع بقاء الدراهم ، وتلفها . فـكان إذناً فى عقدٍ لا يلزمه الثمنُ إلاّ مع

بقائها . ويحتمل أن لا يصح . لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بغير عَيْنِها . لكونها فيها شبهة ، لا يحب أن يشترك بها ، أو يحب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ، ولا يبطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته عليه ، كما لم يَجُز تفويتُ غرضه فى الصورة الأولى ، ومذهب الشافعى فى هذا كلّه كنحو ما ذكرناه .

٣٧٣٨ (فصـــل)

وإن عيّن له الشراء بنقد ، أو حالاً لم تجز مخالفته ، وإن أذن له فى النسيئة ، والبيع بأىّ نقد شاء جاز ، وإن أطلق لم يبع إلا حالاً ، بنقد البلد ، لأنّ الأصل فى البيع الحلول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرةِ دراهم ، وأطلق ، حُمل على الحلول ، بنقد البلد ، وإن كان فى البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساويا باع بما شاء منهما ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : له البيع نَساء ، لأنّه معتادٌ ، فأشبه الحالّ ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، بناء على الرواية فى المضارب ، وقد ذكرناها ، والأول أولى . لأنه لو أطلق البيع حُمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولانسلّم تساوىَ العادة فيهما . فإنّ بيع الحالّ أكثرُ ، ويُفارق المضاربة لوجهين :

أحدهما : أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن فى الحال ، وقد يكون المقصود فى الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوتُ بتأخير الثمن .

والثانى : أن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه ، وههنا بخلافه . فلا يرضى به الموكِّل . ولأن الضرر فى تَوَى الثمن على المضارب ، لأنه يحسب من الربح ، لكون الربح وقايةً لرأس المال ، وههنا يعود على الموكِّل ، فانقطع الالحاق .

٣٦٣٩ (فصـــل)

إذا وكّله فى بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئةً ، أو بدون ما عيّنه له لم ينفُذ بيعُه ، لأنه مخالفٌ لموكّله ، لأنّه رضى بثمن النسيئة ، دون النقد ، وإن باعها نقداً بما تُساوى نسيئةً أو عيّن له ثمنها ، فباعها به نقداً ، فقال القاضى : يصح ، لأنّه زاده خيراً . فكان مأذوناً فيه عُرفاً ، فأشبه ما لو وكّله فى بيعها بعشرة ، فباعها بأكثر منها ، ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض فى النسيئة صحّ ، وإن كان فيها غرض : نحو أن يكون الثمن مما يستضر بحفظه فى الحال ، أو يخاف عليه من التلف ، أو المتغلّبين ، أو يتغيّر عن حاله إلى وقت الحلول . فهو كمن لم يُؤذن له ، لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه ، إلا إذا عُلم أنه فى المصلحة ، كالمنطوق ، أو أكثر ، فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه ، أو المماثلة ، ومتى

كان فى المنطوق به غرض مختصّ به ، لم يجُز تفويتُه ، ولا ثبوت الحكم فى غيره ، وقد ذكر القاضى نحو هذا فى موضع آخر .

٣٧٤٠ (فصــــل)

وإن وكّله فى الشراء بثمن نقداً ، فاشتراه نسيئةً بأكثر من ثمن النقد ، لم يقع للموكِّل ، وإن اشتراه نسيئةً بثمنه نقداً ، أو بما عيّنه له فهى كالتى قبلها . ويصحّ للموكِّل فى قول القاضى ، وعلى ما ذكرنا يُنظر فى ذلك : فإن كان فيه ضرر : نحو أن يستضرّ ببقاء الثمن معه ، ونحو ذلك ، لم يجُز ، كقولنا فى التى قبلها ، ولأصحاب الشافعىّ فى صحّة الشراء وجهان .

٣٧٤١ (فصــــل)

وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدّره له ، ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو أكثر مما قدّر له ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأىّ ثمن كان . لأن لفظه فى الإذن مُطلق ، فيجب حمله على إطلاقه .

ولنا : أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة ، فاقتضى ثمن المثل ، كالشراء . فإنه وافق عليه . وما ذكره ينتقض بالشراء . فإن باع بأقلّ من ثمن المثل ، أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابنُ الناس بمثله ، أو باع بدون ما قدّره له ، أو اشترى بأكثر منه ، فحكمه حكم من لم يُؤذن له فى البيع ، والشراء ، وهذا قول الشافعىّ ، وعن أحمد : أن البيع جائز دون الشراء . ويضمن الوكيل النقص . لأن من صحّ بيعُه بثمن المثل صحّ بدونه ، كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً ، وعلى الوكيل ضمان النقص ، وفى قدره وجهان .

أحدهما : ما بين ثمن المثل ، وما باعه به .

والثانى : ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابن الناس به ، لأنّ ما يتغابن الناس به يصحّ بيعه به ، ولا ضمان عليه . والأول أقْيَسُ . لأنه لم يُؤذن للوكيل فى هذا البيع ، فأشبه بيع الأجنبىّ . ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان ، فأشبه الشراء .

وكلّ تصرّف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكِّله فحكمه فيه حكم تصرّف الأجنبىّ ، على ما ذكر فى موضعه إن شاء الله .

وأما ما يتغابن الناس به عادةً فمعفوّ عنه ، إذا لم يكن الموكِّل قدّر له الثمن . لأن ما يتغابن الناس به يُعدّ ثمنَ المثل ، ولا يمكن التحرّز عنه ، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجُز أن يبيع بثمن المثل ، لأنّ عليه الاحتياط ، وطلب الحظّ لموكِّله . وإن باع بثمن المثل ، فحضر من يزيد فى مدّة الخيار لم يلزمه فسخ العقد

فى الصحيح . لأن الزيادة ممنوع منها منهىّ عنها ، فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المُزايد قد لا يثبُت على الزيادة ، فلا يلزم الفسخ بالشكّ . ويحتمل أن يلزمه ذلك . لأنّها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها . فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع ، والنهيُ يتوجّه إلى الذى زاد ، لا إلى الوكيل ، فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع ، وبعد الاتفاق عليه .

٣٧٤٢ (فصـــل)

ومن وكّل فى بيع عبد بمائة ، فباعه بأكثر منها صحّ ، سواء كانت الزيادة كثيرةً أو قليلةً ، لأنه باع بالمأذون فيه ، وزاد زيادةً تنفعه ، ولا تضرُّه ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به ، أو من غير جنسه . مثل أن يأذن فى بيعه بمائة درهم ، فيبيعه بمائة درهم ودينار ، أو ثوب . وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحُّ بيعه بمائة ، وثوب ، فى أحد الوجهين . لأنه من غير جنس الأثمان .

ولنا : أنها زيادة تنفعه ، ولا تضرُّه . أشبه ما لو باعه بمائة ، ودينار . ولأن الإذن فى بيعه بمائة أذنٌ فى بيعه بزيادة عليها عُرفاً . لأن من رضى بمائة لا يكره أن يُزاد عليها ثوب ينفعه ، ولا يضرُّه . وإن باعه بمائة دينار ، أو بتسعين درهماً وعشرةِ دنانير ، وأشباه ذلك ، أو بمائة ثوب ، أو بثمانين درهماً ، وعشرين ثوبا ، لم يصحّ ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ . لأنه خالف موكّله فى الجنس ، فأشبه ما لو باعه بثوب يُساوى أكثر من مائة درهم ، ويحتمل أن يصحّ فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير ، أو مكان بعضها . لأنه مأذون فيه عُرفا ، فإنّ من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار ، فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ، ودينار . وأما الثياب فلا يصحُّ بيعه بها ، لأنها من غير جنس الأثمان .

٣٧٤٣ (فصـــل)

وإن وكله فى بيع عبد بمائة ، فباع نصفه بها ، أو وكّله مطلقاً ، فباع نصفه بثمن الكل جاز . لأنه مأذون فيه من جهة العُرف ، فإنّ من رضى مائةً ثمنا للكلّ رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصّل له المائة ، وأبقى له زيادةً تنفعُه ، ولا تضرّه ، وله بيع النصف الآخر . لأنه مأذون فى بيعه ، فأشبه ما لو باع العبد كلّه بمثلَىْ ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه : لأنه قد حصّل للموكّل غرضه من الثمن ببيع نصفه ، فربّما لا يُؤْثِر بيع باقيه ، للغنى عن بيعه بما حصّل له من ثمن نصفه . وهكذا القولُ فى توكيله فى بيع عبدين بمائة ، إذا باع أحدهما بها صحّ ، وهل يكون له بيع العبد الآخر ؟ على وجهين ، فأما إن وكّله فى بيع عبده بمائةٍ ، فباع بعضه بأقلَّ منها لم يصحَّ ، وإن وكّله مطلقاً ، فباع بعضه بأقلَّ من ثمن الكلّ لم يجُز . وبهذا قال الشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة ، بناء على أصله فى أنّ للوكيل المطلق البيعَ بما شاء .

ولنا : أن على الموكّل ضرراً فى تبعيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ، ولا عُرفاً فلم يجز ، كما لو وكّله فى شراء عبد ، فاشترى نصفه .

٣٧٤٤ (فصـــــل)

وإن وكّله فى شراء عبد بعينه . بمائةٍ ، فاشتراه بخمسين ، أو بما دون المائة صحّ ، ولزم الموكّل . لأنه مأذون فيه من جهة العُرف ، وإن قال : لاتشتره بأقلّ من مائة ، فخالفه لم يجُز . لأنه خالف نصه ، وصريحُ قوله مقدّم على دلالة العُرف .

فإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين . لأن إذنه فى الشراء بمائةٍ دلّ عُرفا على الشراء بما دونها ، خرج منه الخمسون بصريح النهى ، بقى فيما فوقها ، على مقتضى الإذن : وإن اشتراه بأقلّ من الخمسين . ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه ، أشبه ما زاد على الخمسين .

والثانى : لايجوز ، لأنّه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها . فكان تنبيهاً على النهى عمّا هو أقلّ منها ، كما أن الإذن فى الشراء بمائة إذنٌ فيما دونها ، فجرى ذلك مجرى صريح نهيه ، فإن تنبيه الكلام كنصّه ، وإن قال : اشتره بمائةِ دينارٍ ، فاشتراه بمائة درهم ، فالحكم فيه كلو قال : بعه بمائة درهم ، فباعه بمائة دينار ، على ما مضى من القول فيه . وإن قال اشتر لى نصفه بمائة ، فاشتراه كلّه ، أو أكثر من نصفه بمائة جاز . لأنه مأذون فيه عُرفاً . وإن قال : اشتر لى نصفه بمائة ، ولا تشتره جميعه ، فاشترى أكثر من النصف ، وأقل من الكلّ بمائة صحّ فى قياس المسألة التى قبلها . لكون دلالة العرف قاضيةً بالإذن فى شراء كلّ ما زاد على النصف ، خرج الجميع بصريح نهيه . ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن .

٣٧٤٥ (فصـــــل)

وإن وكّله فى شراء عبد موصوف بمائة ، فاشتراه على الصفة بدونها جاز . لأنه مأذون فيه عُرفاً . وإن خالفه فى الصفة ، أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكّل . وإن قال اشتر لى عبداً بمائة ، فاشترى عبداً يساوى مائةً بدونها جاز . لأنه لو اشتراه بمائة جاز . فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً ، فيجوز . وإن كان لا يُساوى مائةً لم يجز ، وإن كان يُساوى أكثر مما اشتراه به . لأنّه خالف أمره ، ولم يُحصِّل غرضه .

٣٧٤٦ (فصـــــل)

وإن وكّله فى شراء شاةٍ بدينار ، فاشترى شاتين تُساوى كلّ واحدة منهما أقلّ من دينار لم يقع

للموكّل . وإن كانت كلُّ واحدة منهما تُساوى ديناراً أو إحداهما تساوى ديناراً ، والأخرى أقلّ من دينار صحّ ، ولزم الموكّل . وهذا المشهور من مذهب الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يقع للموكّل إحدى الشاتين بنصف دينار ، والأخرى للوكيل ، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدةَ شاةٍ واحدةٍ .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَعْطَى عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ دِينَاراً فَقَالَ : اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً . قال : فأتيتُ الْجَلَبَ فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أَسُوقُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا ، فَلَقِيَنِى رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالدِّينارِ ، وبالشَّاةِ ، فقلتُ : يَا رَسُولَ اللهِ، هَذَا دِينَارُكُمْ وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قال : وصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ فحدَّثْتُهُ الحديثَ . قال : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِهِ » ولأنه حصل له المأذون فيه ، وزيادة من جنسه ، تنفعُ ولا تضرّ . فوقع ذلك له ، كما لو قال له : بعه بدينار ، فباعه بدينارين . وما ذكره يبطل بالبيع ، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكّل ، ففيه وجهان :

أحدهما : البيع باطل . لأنه باع مالَ موكله بغير أمره ، فلم يجز ، كبيع الشاتين .

والثانى : إن كانت الباقية تساوى ديناراً جاز . لحديث عُروة بن الجَعْدِ البارقىّ . ولأنه حصل له المقصود ، والزيادةُ لو كانت غيرَ الشاة جاز . فجاز له إبدالُها بغيرها . وظاهر كلام أحمد : صحّة البيع . لأنه أخذ بحديث عُروة ، وذهب إليه ، وإذا قلنا : لا يجوز له بيع الشاة فباعها ، فهل يقع البيع باطلاً ، أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل ؟ على روايتين ، وهذا أصلٌ لكلّ من تصرّف فى ملك غيره بغير إذنه ، ووكيلٍ يخالف مُوكّله ، هل يقع باطلاً أو يصحّ ، ويقف على إجازة المالك ؟ فيه روايتان ، وللشافعىّ فى صحّة البيع ههنا وجهان .

٣٧٤٧ (فصــل)

وإذا وكّله فى شراء سِلعة موصوفة لم يجُز أن يشتريها إلا سليمةً . لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة، ولذلك جاز الردّ بالعيب ، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكّل ، لأنه اشترى غير ما أُذن له فيه ، وإن لم يعلم عيبه صحّ البيع . لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر لعجزه عن التحرّز عن شراء معيب لا يعلم عيبه ، فإذا علم عيبه ملك ردّه . لأنه قائم فى الشراء مَقام الموكّل ، والموكّل ردّه أيضاً . لأن الملك له ، فإن حضر قبل ردّه الوكيل ، ورضى بالعيب لم يكن للوكيل ردُّه . لأن الحقّ له ، بخلاف المضارب ، فإن له الردّ ، وإن رضى ربُّ المال . لأن له حقاً ، فلا يسقط برضى غيره ، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الردّ فقال له البائع : توقّف حتى يحضر الموكّل ، فربّما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك . لأنه لا يأمن فوات الردِّ لهرب البائع،

وفوات الثمن بتلفه ، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرضَ به الموكل لم يسقط ردّه . وإن قلنا : الردّ على الفور ، لأنه أخّره بإذن البائع فيه،وإن قال البائع موكّلك قدعلم البيع ، فرضيه لم يُقبل قوله إلا ببيّنة . فإن لم يكن له بيّنة لم يستحلف الوكيل ، إلاّ أن يدّعى علمه ، فيحلف على نفى العلم ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وعن أبى حنيفة رضى الله عنهُ : أنه لا يُستحلف . لأنه لو حلف كان نائباً فى اليمين ، وليس بصحيح . فإنه لا نيابة ههنا . وإنما يحلف على نفى علمه . وهذا لا ينوب فيه عن أحد ، فإن ردّ الوكيلُ ، وحضر الموكل، وقال : قد بلغنى العيبُ ، ورضيتُ به ، وصدّقه البائع ، أو قامت به بيّنة لم يقع الردّ موقعه ، وكان للموكّل استرجاعه ، وللبائع ردُّه عليه . لأن رضاه به عَزَل الوكيل عن الردّ . بدليل أنه لو علمه لم يكن له الردّ ، إلا أن نقول : إن الوكيل لا ينعزل حتّى يعلم العزل ، وإن رضى الوكيل المعيبَ ، أو أمسكه إمساكاً ينقطع به الردّ ، فحضر الموكلُ فأراد الردّ ، فله ذلك ، إن صدّقه البائعُ أنّ الشراء له ، أو قامت به بيّنة . وإن كذّبه ، ولم تكن به بيّنة فحلّفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له ، فليس له ردُّه . لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له . ويلزم الوكيل ، وعليه غرامةُ الثمن ، وهذا كله مذهبُ الشافعىِّ ، وقال أبو حنيفة : للوكيل شراء المعيب . لأن التوكيل فى البيع مُطلقاً يدخُل المعيب فى إطلاقه ، ولأنه أمينه فى الشراء ، فجاز له شراء المعيب ، كالمضارب .

ولنا : أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه . ويُفارق المضاربةَ من حيث إن المقصود فيها الربح . والربح يحصُل من المعيب ، كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يَقتنى ، أو يدفع به حاجته . وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ، ومن قُنْيته ، فلا يحصُل المقصود . وقد ناقض أبو حنيفة أصله . فإنه قال فى قوله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) لا تجوز العمياء، ولا مَعيبةٌ عيباً يضرُّ بالعمل . وقال ههنا : يجوز للوكيل شراء الأعمى ، والمُقْعَد ، ومقطوع اليدين والرجلين .

٣٧٤٨ (فصـــل)

وإن أمره بشراء سلعة بعينها ، فاشتراها ، فوجدها معيبةً احتمل أن له الردّ . لأن الأمر يقتضى السلامة فأشبه ما لو وكله فى شراء موصوفةٍ : ويحتمل أن لا يملك الردّ . لأن الموكِّـل قطع نظـره بالتعيين ، فربّما رضيه على جميع صفاته ، وإن علم عيبه قبل شرائه،فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً مبنيّين على ردّه ، إذا علم عيبه بعدشرائه ، وإن قلنا : يملك ردّه فليس له شراؤه . لأن العيب إذا جاز به الردّ بعد العقد ، فلأنْ يمنع من الشراء أولى . وإن قلنا : لا يملك الردَّ ، ثمّ فله الشراء ههنا . لأن تعيين الموكل قطع نظره ، واجتهاده فى جواز الردّ ، فكذلك فى الشراء .

٣٧٤٩ (فصـــل)

وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملكُ من البائع إلى الموكّـل ، ولم يدخُل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : يدخل فى ملك الوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكِّل لأنَّ حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ، ولم ينتقل إلى الموكّـل .

ولنا : أنه قبل عقداً لغيره صحَّ له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالأب ، والوصىِّ ، وكما لو تزوَّج له . وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به غيرُ مُسلَّم . ويتفرَّع عن هذا : أن المسلم لو وكل ذِمِّيّاً فى شراء خمر ، أو خنزير ، فاشتراه له لم يصحَّ الشراء . وقال أبو حنيفة : يصحُّ ، ويقع للذمىِّ ، لأن الخمر مالٌ لهم . لأنهم يتموَّلونها ، ويتبايعونها ، فصحَّ توكيلهم فيها ، كسائر أموالهم .

ولنا : أن كل ما لا يجوز للمسلم العقدُ عليه لا يجوز أن يُوكِّـل فيه ، كتزويج المجوسيّة . وبهذا خالف سائر أموالهم ، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن . لأنه بمنزلة المبيع ، وإن كان الثمن فى الذمّة ، فللوكيل وللموكِّل المطالبة به . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : ليس للموكِّل المطالبة . لأن حقوق العقد تتعلّق بالوكيل دونه ، ولهذا يتعلق مجلس الصرف ، والخيار به ، دون موكِّله ، فكذلك القبض .

ولنا : أن هذا دين الموكل يصحُّ قبضه له ، فملك المطالبة به ، كسائر ديونه التى وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد . لأن ذلك من شروط العقد ، فتعلَّق بالعاقد ، كالإيجاب ، والقبول ، وأما الثمن فهو حقّ الموكِّـل ، ومال من أمواله ، فكانت له المطالبة به . ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به . وإنما تتعلّق بالموكّل ، وهى تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، والردّ بالعيب ، وضمان الدَّرْكِ . فأمّا ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمّة ، فإنَّه يثبت فى ذمّة الموكّل أصلاً . وفى ذمّة الوكيل تبعاً ، كالضامن . وللبائع مطالبة من شاء منهما . فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكّل . وإذا أبرأ الموكّل برىء الوكيل أيضاً ، كالضامن ، والمضمون عنه سواء . وإن دفع الثمن إلى البائع ، فوجد به عيباً ، فردّه على الوكيل كان أمانةً فى يده ، إن تلف فهو من ضمان الموكّل ، ولو وكّل رجلاً يتسلف له ألفاً فى كُرٍّ[1] حِنْطةٍ ، ففعل ، ملك الموكِّل ثمنها ، والوكيل ضامن عن موكِّله كما تقدم .

٣٧٥٠ (فصـــل)

قال أحمد فى رواية مهنا : إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ، ففعل ، فوهب له المشترى منديلاً ، فالمنديلُ لصاحب الثوب . إنّما قال ذلك : لأن هبة المنديل سببها البيع ، وكان المنديل زيادة فى الثمن ، والزيادة فى مجلس العقد تلحقُ به .

(١) الكر : أربعون إردبا

٣٧٥١ (فصـــــل)

في الشهادة على الوكالة

إذا ادّعى الوكالة ، وأقام شاهداً ، وامرأتين أو حلف مع شاهده ، فقال أصحابنا ، فيها روايتان :

إحداهما : تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال . فإنّ أحمد قال في الرجل يوكّل ، ويُشهد على نفسه رجلاً وامرأتين : إذا كانت المطالبة[١] بدين ، فأما غير ذلك فلا .

والثانية : لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الخِرَقيّ بقوله : ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال لأقلّ من رجلين . وهذا قول الشافعيّ . لأن الوكالة إثبات للتصرّف ، ويحتمل أن يكون قول الخِرَقيّ كالرواية الأولى . لأن الوكالة في المال يُقصد بها المال ، فتقبل فيها شهادةُ النساء مع الرجال ، كالبيع والقرض . فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما : قد عزله ، لم تثبت وكالته بذلك . لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك . وإن كان الشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبتُ العزل بشهادته وحدَه . لأن العزل لا يثبتُ إلاّ بما يثبت به التوكيل . ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال : قد عزله لم يحُكم بشهادتهما . لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد ، وإن حكم الحاكم بشهادتهما ، ثم عاد أحدهما فقال : قد عزله بعد ماوكله لم يلتفت إلى قوله . لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل ، فإن قالا جميعاً : قد كان عزله ثبت العزلُ . لأنّ الشهادة تمّت في العزل ، كتمامها في التوكيل .

٣٧٥٢ (فصـــــل)

فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت . لم تتمّ الشهادة . لأن التوكيل يوم الجمعة غيرُ التوكيل يوم السبت . فلم تكمُل شهادتهما على فعل واحد . وإن شهد أحدهما أنه أقرّ بتوكيله يوم الجمعة ، وشهد الآخرُ أنه أقرّ به يوم السبت تمت الشهادة . لأن الاقرارين إخبارعن عقد واحد ، ويشقُّ جمع الشهود ليقرّ عندهم حالةً واحدة ، فجوّز له الاقرار عند كلٍّ واحد وحدَه ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقرّ عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقرّ بها بالعجَميّة ثبتت ، ولو شهد أحدهما أنه وكّله بالعربية ، وشهد الآخر أنه وكّله بالعَجميّة لم تكمُل الشهادة ، لأنّ التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية ، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد . وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال : وكّلتك ، وشهد الآخر أنه قال : أذنت لك في التصرف ، أو أنه قال : جعلتُك وكيلاً ، أو شهد أنه قال : جعلتك جَرِيًّا[٢] لم تتمّ الشهادة : لأن اللفظ

---

(١) أى تجوز الوكالة إذا كانت المطالبة بدين .

(٢) جريا : الجرى : بفتح الجيم وكسر الراء وتشديد الياء الوكيل والرسول ، والأجير ، والضامن ، والمراد الأول كما قال الشارح .

مختلف ، والجريُ الوكيل ، ولو قال أحدهما : أشهد أنه وكّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أذن له فى التصرُّف تمَّت الشهادة . لأنهما لم يحكيا لفظ الموكِّل . وإنما عبَّرا عنه بلفظهما ، واختلافُ لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه . ولو قال أحدهما . أشهد أنَّه أقرَّ عندى أنه وكّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أقرّ أنه جَرِيُّه ، أو أنه أوصى إليه بالتصرُّف فى حياته ثبتت الوكالة بذلك ، ولو شهد أحدهما أنَّه وكَّله فى بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكّله وزيداً ، أو شهدَ أنّه وكّله فى بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرنى ، أو تستأمر فلاناً . لم تتم الشهادة . لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط . والثانى ينفى ذلك ، فكانا مختلفين ، وإن شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكّله فى بيع عبده وجاريته حُكم بالوكالة فى العبد ، لا تفاقهما عليه ، وزيادةُ الثانى لا تقدح فى تصرّفه فى الأول . فلا تضرُّه . وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكّله فى بيعه لزيد ، وشهد الآخر أنه وكّله فى بيعه لزيد ، وإن شاء لعمرو .

٣٧٥٣ (فصـــل)

ولا تثبت الوكالة ، والعزل بخبر الواحد . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة بخبر الواحد ، وإن لم يكن ثقةً . ويجوز التصرُّف للمخبَر بذلك ، إذا غلب على ظنِّه صدقُ المخبِر بشرط الضمان ، إن أنكر الموكِّل . ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً . لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشقُّ . فسقط اعتباره . ولأنه أذن فى التصرُّف ، ومنع منه ، فلم يُعتبر فى هذا شروط الشهادة ، كاستخدام غلامه .

ولنا أنه عقد مالىٌّ . فلا يثبت بخبر الواحد ، كالبيع . وفارق الاستخدام . فإنه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكّل فلاناً الحاضر ، فقال الوكيل : ماعلمتُ هذا ، وأنا أتصرَّف عنه ثبتت الوكالة ، لأن معنى ذلك أنى لم أعلم إلى الآن ، وقبول الوكالة يجوز مُتراخياً . وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ، ولا علمه . فلا يضرّ جهله به . وإن قال : ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته ، لقدحه فى شهادتهما . وإن قال : ماعلمتُ وسكتَ قيل له : فسِّرْ ، فان فسَّرَ بالأول ثبتت وكالته . وإن فسَّره بالثانى لم تثبت .

٣٧٥٤ (فصـل)

ويصحُّ سماع البيّنة بالوكالة على الغائب ، وهو أن يدَّعى أن فلاناً الغائب وكّلنى فى كذا . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بناء على أن الحكم على الغائب لا يصحّ .

ولنا أنه لا يُعتبر رضاه فى سماع البيّنة ، فلا يُعتبر حضوره كغيره . وإذا قال له مَن عليه الحقّ . احلف أنك تستحقّ مطالبتى لم تُسمع دعواه . لأن ذلك طعن فى الشهادة . وان قال : قد عزلك الموكّل فاحلف : أنّه ما عزلك لم يُستحلف . لأن الدعوى على الموكِّل واليمين لا تدخُلها النيابة ، وإن قال : أنت

تعلم أن موكِّلك قد عزلك سُمعت دعواه . وإن طلب اليمين من الوكيل حلف : أنه لايعلم أنّ موكله عزله . لأنّ الدعوى عليه ، وإن أقام الخصمُ بيِّنةً بالعزل سُمعت ، وانعزل الوكيلُ .

٣٧٥٥ (فصـــل)

وتقبل شهادة الوكيل على موكّله لعدم التهمة . فانه لا يجرّ بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وتُقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه . لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً . ولا تُقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه . لأنه يُثبت لنفسه حقًّا . بدليل أنه إذا وكله فى قبض حقّ ، فشهد به له ثبت استحقاقُ قبضه . ولأنه خصم فيه . بدليل أنه يملك المخاصمة فيه . فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تُقبل أيضاً ، سواء كان خاصم فيه بالوكالة ، أو لم يُخاصم . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد، وقال أبو حنيفة : إن كان لم يُخاصم فيه قُبلت شهادته ،لأنه لا حقّ له فيه ،ولم يخاصم فيه ، فأشبه مالو لم يكن وكيلا فيه . وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه ، فلم تُقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه ، وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه . فانّه لم يكن خَصماً فيه .

٣٧٥٦ (فصـــل)

إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا أن زوجها وكّل فى طلاقها لم تُقبل شهادتهما . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً ، وهو زوال حقّ الزوج من البُضع الذى هو ملكهما . وإن شهدا بعزل الوكيل فى الطلاق لم تُقبل . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً . وهو إبقاء النفقة على الزوج . ولا تُقبل شهادة ابنى الرجل له ، بالوكالة ، ولا أبويه . لأنّهمَا يُثبتان له حقّ التصرّف . ولا يثبت للانسان حقّ بشهادة ابنه ، ولا أبيه . ولا تُقبل شهادة ابنى الموكّل ، ولا أبويه بالوكالة . وقال بعض الشافعيّة : تُقبل . لأن هذا حقٌّ على الموكّل يستحقّ به الوكيلُ المطالبةَ ، فقبلت فيه شهادة قرابة الموكّل ، كالاقرار .

ولنا : أن هـذه شهادة يثبت بها حقّ لأبيه ، أو ابنه ، فلم تُقبل ، كشهادة ابنى الوكيل ، وأبويه . وذلك لأنهما يُثبتان لأبيهما نائباً متصرّفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالإقرار . فإنها شهادة عليه متمحّضة . ولو ادّعى الوكيل الوكالة ، فأنكرها الموكّل ، فشهد عليه ابناه ، أو أبواه ثبتت الوكالة ، وأمضى تصرّفه . لأن ذلك شهادةٌ عليه وإن ادّعى الموكّل أنّه تصرّف بوكالته ، وأنكر الوكيل ، فشهد عليه أبواه ، أو ابناه ، قبل أيضاً لذلك . وإن ادَّعى وكيل لموكّله الغائب حقّاً ، وطالب به ، فادّعى الخصمُ أن الموكّل عزله ، وشهد له بذلك ابنا الموكّل قُبلت شهادتهما ، وثبت العزلُ بها . لأنهما يشهدان على أبيهما ، وإن لم يدَّع الخصمُ عزله، لم تُسمع شهادتهما . لأنهما يشهدان لمن لا يدّعيها. فإن قبض الوكيل ، فحضر الموكل ، وادّعى

أنه كان قد عزل الوكيل ، وأن حقه باقٍ في ذمة الغريم ، وشهد له ابناه ، لم تقبل شهادتهما ، لأنهما يثبتان حقاً لأبيهما ، ولو ادعى مُكاتَبٌ الوكالةَ ، فشهد له سيده ، أو ابنا سيده ، أو أبواه لم تقبل . لأن السيد يشهد لعبده ، وابناه يشهدان لعبد أبيهما ، والأبوان يشهدان لعبد ابنهما ، فإن عتق ، فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ تحتمل وجهين .

٣٧٥٧ (فصـــل)

إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر أحدهما أن الآخر وكله ، ثم غاب الموكل ، وحضر الوكيل ، فقدم خصما لموكله ، وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا : لا يحكم الحاكم بعلمه لم تُسمع دعواه حتى تقوم البيِّنة بوكالته . وإن قلنا : يحكم بعلمه وكان الحاكم يَعرف الموكّل بعينه ، واسمه ونسبه صدّقه ، ومكّنه من التصرُّف . لأن معرفته كالبيِّنة ، وإن عرفه بعينه ، دون اسمه ، ونسبه ، لم يُقبل قوله حتّى تقومَ البيّنة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله ، فلم يقبل .

٣٧٥٨ (فصـــل)

ولو حضر عند الحاكم رجل ، فادَّعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عيّنه ، وأحضر بيّنةً تشهدُ له بالوكالة سمعها الحاكم . ولو ادَّعى حقّاً لموكّله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يسمعها إلاَّ أن يقدّم خصماً من خُصماء الموكِّل ، فيدَّعى عليه حقّاً ، فإذا أجاب المدَّعى عليه حينئذٍ يسمع الحاكم البيّنه ، فحصل الخلاف بيننا في حكمين .

أحدهما : أن الحاكم عندنا يَسمع البيّنة على الوكالة من غير حضور خصم ، وعنده لا يَسمع .

والثاني . أنه لا تُسمع دعواه لموكّله قبل ثبوت وكالته ، وعنده تسُمع ، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز ، وسماع البيّنة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب ، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يُجب الوكيل عن دعوى الخصم . أنّكَ لستَ بوكيل .

ولنا : أنه إثبات للوكالة ، فلم يفتقر إلى حضور الموكّل عليه ، كما لو كان الموكّل عليه جماعة ، فأحضر واحد منهم . فإن الباقين لا يُفتقر إلى حضورهم ، كذلك ههنا ، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة : أنها لا تُسمع إلاَّ من خصم يُخاصم عن نفسه ، أوعن موكِّله ، وهذا لا يُخاصم عن نفسه ، ولم يثبتُ أنّه وكيل لمن يدّعى له ، فلا تُسمع دعواه ، كما لو ادّعى لمن لم يدّع وَكالته . وفي هذا الأصل جوابٌ عما ذكره .

٣٧٥٩ (فصــــل)

ولو حضر رجل ، وادّعى على غائب مالاً في وجه وكيله ، فأنكره ، فأقام بيّنةً بما ادّعاه حلّفه الحاكم وحكم له بالمال ، فإذا حضر الموكّل وجحد الوكالة ، أو ادّعى أنّه كان قد عزله لم يؤثّر ذلك في الحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

٣٧٦٠ (فصــــل)

إذا قال : بع هذا الثوب بعشرة ، فما زاد عليها فهو لك صحّ ، واستحقّ الزيادة . وقال الشافعيُّ : لا يصحُّ .

ولنا : أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ، ولأنّه يتصرّف في ماله بإذنه ، فصحّ شرط الربح له في الثاني ، كالمضارب ، والعامل في المساقاة .

كتاب الإقرار بالحقوق

الإقرار : هو الاعتراف ، والأصل فيه الكتاب ، والسنّة ، والإجماع ، أما الكتاب : فقوله تعالى (٣ : ٨ـ ٨١ وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ ـ إلى قوله ـ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي ؟ قالوا : أَقْرَرْنَا) وقال تعالى (٩ : ١٠٢ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ) وقال تعالى (٧ : ١٧٢ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) فى آى كثيرة مثل هذا .

وأما السنّة فما رُوى أن ماعزاً أقرّ بالزنا ، فرجمه رسولُ الله صلّى الله عليه ، وكذلك الغامدية ، وقال « وَاغْدُيَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا » وأما الإجماع . فإنّ الأئمة أجمعت على صحة الإقرار . ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة ، والريبة . فإن العاقل لا يكذبُ على نفسه كذباً يضرّ بها ، ولهذا كان آكد من الشهادة . فإن المدّعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادةُ ، وإنما تُسمع إذا أنكر ولو كذّب المدّعى ببيّنته لم تُسمع ، وإن كذّب المقر ثم صدّقه سمع .

٣٧٦١ (فصـــل)

ولا يصحّ الإقرار إلا من عاقل مختار . فأما الطفل ، والمجنون ، والمبرسَمُ [1] والنائمُ ، والمغمىَ عليه ، فلا يصحّ إقرارهم . لا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد قال عليه السلام « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ » فنصّ على الثلاثة ، والمبرسم ، والمغمى عليه فى معنى المجنون ، والنائم . ولأنه قولٌ مِنْ غائبِ العقل ، فلم يثبُت له حكم ، كالبيع ، والطلاق ، وأمّا الصبىّ المميِّز فإن كان محجوراً عليه لم يصحّ إقراره . وإن كان مأذوناً له صحّ إقراره فى قدر ما أُذن له فيه . قال أحمد فى رواية مهنا فى اليتيم : إذا أُذن له فى التجارة وهو يعقِل البيعَ ، والشراء ، فبيعُه وشراؤه جائز . وإن أقرّ أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه . وهذا قول أبى حنيفة ، وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : إنما يصحّ إقراره فيما أذن له فى التجارة فيه فى الشيء اليسير ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ إقراره بحال . لعموم الخبر . ولأنه غير بالغ . فأشبه الطفل ، ولأنه لا تُقبل شهادته ، ولا روايته ، فأشبه الطفل .

ولنا : أنه عاقل مختار يصحّ تصرّفه فصحّ إقراره ، كالبالغ . وقد دللنا على صحّة تصرّفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف ، والإثم ، فإن أقرّ مَنْ هو مراهق غيرُ مأذون له ، ثمّ اختلف هو والمقرّ له فى بلوغه . فالقولُ قوله ، إلاّ أن تقوم بيّنة ببلوغه ، لأنّ الأصل الصِّغرُ ، ولا يحلف المقرّ ، لأننا حكمنا

(١) المبرسم : الذى يهذى من علة فيه .

بعدم بلوغه ، إلا أن يحلفا بعد ثبوت بلوغه ، فعليه اليمين: أنّه حين أقرّ لم يكن بالغاً . ومن زال عقله بسببٍ مُباح ، أو معذور فيه ، فهو كالمجنون لا يُسمع إقراره بلا خلاف . وإن كان بمعصية ، كالسكران ومن شرب، مايُزيل عقله عامداً ، لغير حاجة ، لم يصحّ إقراره . . ويتخرّج أن يصحّ بناء على وقوع طلاقه . وهو منصوص الشافعيّ لأنّ أفعاله تجرى مجرى الصاحي .

ولنا : أنه غيرُ عاقل . فلم يصحّ إقراره كالمجنون الذى سبب جنونه فعلٌ محرّم ، ولأن السكران لا يوثَقُ بصحّة ما يقول ، ولا تنتفى عنه التّهمة فيما يخبر به . فلم يوجد معنى الإقرار الموجِب لقبول قوله ، وأما المكرَه : فلا يصحّ إقراره بما أُكره على الإقرار به ، وهذا مذهب الشافعيّ . لقول رسول صلى الله الله عليه وسلم « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » ولأنه قولٌ أُكره عليه بغير حقّ ، فلم يصحّ كالبيع . وإن أقرّ بغير ما أُكره عليه ، مثل أن يُكرَه على الإقرار لرجل ، فأقرّ لغيره ، أو بنوع من المال ، فيقرّ بغيره ، أو على الإقرار بطلاق امرأة ، فأقرّ بطلاق أخرى ، أو أقرّ بعتق عبد صحّ . لأنّه أقرّ بما لم يكره عليه فصحّ ، كما لو أقرّ به ابتداء ، ولو أُكره على أداء مال ، فباع شيئاً من ماله ليؤدّيَ ذلك صحّ بيعُه . نصّ عليه . لأنّه لم يُكره على البيع ، ومن أقرّ بحقّ ثمّ ادّعى أنه كان مكرهاً لم يُقبل قوله إلا ببيّنة ، سواء أقرّ عند السلطان ، أو عند غيره . لأنّ الأصلَ عدم الاكراه ، إلاّ أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد ، والحبس ، والتوكيل به . فيكون القول قوله مع يمينه . لأن هذه الحال تدلّ على الإكراه ، ولو ادّعى أنه كان زائل العقل حالَ إقراره لم يقبل قوله، إلاّ ببيّنة . لأن الأصل السلامةُ حتّى يُعلم غيرها ، ولو شهد الشهودُ بإقراره لم تفتقر صحّة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً فى صحّة عقله . لأنّ الظاهر سلامةُ الحال ، وصحّة الشهادة . وقد ذكرنا حكم إقرار السفيه ، والمفلس ، والمريض فى أبوابه .

وأما العبد : فيصحّ إقراره بالحدّ ، والقِصاص فيما دون النفس . لأنّ الحقّ له دون مولاه ، ولا يصحّ إقرار المولّى عليه . لأن المولّى لا يملك من العبد إلا المال ، ويحتمل أن يصحّ إقرار المولّى عليه بما يوجبُ القِصاص . ويجبُ المالُ دون القِصاص . لأن المال يتعلّق برقبته . وهى مال السيّد ، فصحّ إقراره به ، كجناية الخطأ ، وأمّا إقراره بما يوجب القصاص فى النفس، فالمنصوص عن أحمد أنّه لا يُقبل ، ويتّبع به بعد العِتْقِ . وبه قال زفر ، والمُزَنِيُّ ، وداود ، وابن جرير ، الطّبريّ . لأنه يسقط حقّ سيِّده بإقراره . فأشبه الإقرار بقتل الخطأ . ولأنه متّهم فى أنه يقرّ لرجل ليعفوَ عنه ، ويستحقّ أخذه ، فيتخلّص بذلك من سيِّده ، واختار أبو الخطّاب أنّه يصحّ إقراره به ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ : لأنه أحد نوعى القصاص ، فصحّ إقراره به ، كما دون النفس ، وبهذا الأصل ينتقض دليل

الأوّل . وينبغى على هذا القول أنْ لا يصحّ عفوُ ولِيّ الجناية على مال، إلاّ باختيار سيِّده ، لئلاّ يُفضى إلى إيجاب المال على سيِّده بإقرار غيره ، فلا يُقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ، ولا شبه العمد ، ولا بجناية عمد موجَبها المالُ ، كالجائفة ، والمأمومة ، لأنّــه إيجاب حقّ فى رقبته ، وذلك يتعلّق بحقّ المولى ، ويقبل إقرار المولى عليه . لأنه إيجاب حقّ فى ماله . وإن أقرّ بسرقة موجَبُها المال، لم يُقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه لما ذكرنا، وإن كان موجَبُها القطع، والمال فأقرّ بها العبدُ وجب قطعُه ، ولم يجب المال ، سواء كان ما أقرّ بسرقته باقياً أو تالفاً فى يد السيّد ، أو يد العبد . قال أحمد : فى عبد أقرّ بسرقة دراهم فى يده أنّه سَرَقها من رَجُل ، والرجلُ يدّعى ذلك ، وسيّده يكذّبه ، فالدّراهم لسيّده ويُقطع العبدُ ، ويُتَّبع بذلك بعد العِتق ، وللشافعىّ فى وجوب المال فى هذه الصورة وجهان . ويحتمل أن لا يجب القطعُ لأن ذلك شُبهةٌ فَيُدرَأ بها القطع ، لكونه حَدًّا يُدْرَأ بالشبُهات . وهذا قول أبى حنيفة ، وذلك لأنّ العينَ التى يُقرّ بسرقتها لم يثبُت حكم السرقة فيها ، فلا يثبُت حكم القطع بها ، وإن أقرّ العبدُ برِقِّه لغير مَن هو فى يده لم يُقبل إقراره بالرِّق . لأن الإقرار بالرقّ إقرار بالملك ، والعبدُ لا يُقبل إقراره بحال . ولأننا لو قبلنا إقراره أضرَرْنا بسيِّده ، لأنه إذا شاء أقرّ لغير سيِّده ، فأبطل مِلكه ، وإن أقرّ به السيّد لرجل ، وأقرّ هو لآخرَ فهو للذى أقرّ له السيِّد . لأنه فى يد السيّد ، لا فى يد نفسه . ولأن السيّد لو أقرّ به منفرداً قُبل ، ولو أقرّ العبدُ منفرداً ، لم يقبل ، فإذا لم يُقبل إقرار العبد منفرداً . فكيف يُقبل مع معارضته لإقرار السيّد ؟ ولو قبل إقرار العبد لما قُبل اقرار السيّد ، كالحدّ وجناية العمد .

وأما المكاتَبُ : فحكمه حكم الحرّ فى صحّة إقراره ، ولو أقرّ بجناية خطأ صحّ إقراره . فإن عجز بيع فيها ، إن لم يفده سيّده . وقال أبو حنيفة : يُسْتَسْعَى فى الكتابة . وإن عَجَز بطل إقراره بها ، سواء قُضِى بها ، أو لم يُقْضَ . وعن الشافعىّ كقولنا : وعنه أنّه مراعًى : إن أدَّى لزمه ، وإن عجزَ بَطَل .

ولنا : أنه إقرار فى كتابته ، فلا يبطلُ بعجزه ، كالإقرار بالدَّيْن . وعلى الشافعىّ : أن المكاتَب فى يد نفسه . فصحّ إقراره بالجناية ، كالحرّ .

٣٧٦٢ (فصـــــــــل)

ويصح الإقرار لكلّ من يثبُت له الحقُّ . فإذا أقرّ لعبد بنكاح ، أو قصاص ، أو تعزير القذف ، صحّ الإقرار له ، صدّقه المولى أو كذّبه لأنّ الحقّ له دون سيّده. وله المطالبة بذلك ، والعفو عنه . وليس لسيّده مطالبته به ، ولا عفو، وإن كذّبه العبد لم يُقبل . وإن أقرّ له بمال صحّ ، ويكون لسيّده . لأن يد العبد كيد سيده . وقال أصحاب الشافعىّ : إن قلنا يملك المال صحّ الإقرار له ، وإن قلنا : لا يملك

كان الإقرار لمولاه ، يلزم بتصديقه ، ويبطل بردّه ، وإن أقرّ لبهيمةٍ أو دارٍ لم يصحّ إقراره لها ، وكان باطلاً . لأنّها لا تملك المال مطلقاً ، ولا يدَ لها . وإن قال عليّ بسبب هذه البهيمة ، لم يكن إقراراً لأحدٍ . ولأنه لم يذكر لمن هي ؟ ومن شَرْطِ صحّة الإقرار ذكر المقَرّ له . وإن قال : لمالكها ، أو لزيد عليّ بسببها ألفٌ صحّ الإقرارُ . وإن قال : بسبب حَمْل هذه البهيمة لم يصحّ . إذ لا يمكن إيجابُ شيء بسبب الحمل .

٣٧٦٣ (فصـــــل)

وإن أقرّ لحمل امرأةٍ بمالٍ ، وعزاه إلى إرثٍ ، أو وصيّةٍ صحّ ، وكان للحمل ، وإن أطلق : فقال أبو عبد الله بن حامد : يصحّ ، وهو أصحّ قولَي الشافعيّ ، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح ، فصحّ له الإقرار المطلَق ، كالطّفل ، فعلى هـــذا إن ولدت ذكراً وأنثى كان بينهما نصفين ، وإن عزاه إلى إرثٍ أو وصيّةٍ كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك ، وقال أبو الحسن التميميّ : لا يصحُّ الإقرار إلاّ أن يَعْزِيَهُ[1] إلى إرثٍ ، أو وَصيّةٍ ، وهو قول أبي ثور ، والقول الثانى للشافعيّ . لأنه لا يملك بغيرهما ، فإن ولدت الولد ميّتاً ، وكان قد عُزِيَ الإقرارُ إلى إرثٍ ، أو وَصِيَّةٍ عادت إلى ورثة الموصِي ومَوْرُوثِ الطّفل ، وإن أطلق الإقرار كلّف ذكر السبب ، فيُعملُ بقوله ، فإن تعـــذَّر التفسير بموته ، أو غيره بطل إقراره ، كمن أقر لرجل لايعرف مَنْ أراد بإقراره ، وإن عُزِيَ الإقرار إلى جهة غير صحيحة ، فقال : لهذا الحمل عليّ ألفٌ أقرَضنيها ، أو وديعةً أخذتُها منه ، فعلى قول التميميّ الإقرارُ باطلٌ ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصحَّ إقراره ، لأنَّه وصل إقراره بما يُسقطه ، فيسقُط ماوصله به ، كما لو قال: له عليّ ألف لاتلزمني ، وإن قال: له عليّ ألف جعلتُها له ، أو نحو ذلك ، فهي عدَةٌ لا يُؤخذ بها ، ولا يصحُّ الإقرار لحملٍ إلا إذا تُيقّن أنه كان موجوداً حال الإقرار ، على ما بُيِّن في موضعه ، وإن أقرّ لمسجدٍ أو مَصْنَعٍ ، أو طريق ، وعزاه إلى سبب صحيحٍ ، مثلُ أن يقول : من غَلَّة وقفهِ . صحّ . وإن أطلق خرِّج على الوجهين .

٣٧٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بشيء ، واستثنى من غير جنسه . كان استثناؤه باطلا ، إلا أن يستثنيَ عيناً من وَرِقٍ ، أو وَرِقاً من عَيْنٍ ﴾ .

في هذه المسألة فصلان .

٣٧٦٥ أولها : أنه لا يصحّ الاستثناء في الإقرار من غير الجنس ، وبهذا قال زفر ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة . إن استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز . وإن استثنى عبداً ، أو ثوباً من مكيل ، أو موزون لم يجُز ،

(١) يقال : عزاه يعزيه ويعزوه إذا نسبه إلى شيء أو إلى سبب .

وقال مالك ، والشافعيّ : يصحّ الاستثناء من غير الجنس مُطلقاً . لأنّه ورد فى الكتاب العزيز ، ولغة العرب ، قال الله تعالى (وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ) وقال تعالى (لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا) وقال الشاعر :

وَبَــلْدَةٍ لَيْسَ بِهَا أَنِيسُ   إِلَّا الْيَعَافِيرُ ، وإلا العِيسُ[١]

وقال آخر :

عَيَّتْ جَوَاباً ، وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ   إِلَّا أَوَارِيَّ[١] لَأْيًا مَا أُبَيِّنُهَــا

ولنا : أن الاستثناء صرف للفظ بحرف الاستثناء عمّا كان يقتضيه لولاه . وقيل : هو إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، مشتقّ من ثَنَيْتُ فلاناً عن رأيه ، إذا صرفْتَه عن رأيٍ كان عازماً عليه ، وثنيتُ عِنَانَ دَابَّتِي إذا صرفتَها به عن وِجْهتها التى كانت تذهبُ إليها ، وغيرُ الجنس المذكور ليس بداخلٍ فى الكلام . فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صَوْبِهِ ، ولا ثناه عن وجه استرساله ، فلا يكون استثناء ، وإنّما سُمّى استثناء تجوُّزاً . وإنما هو فى الحقيقة استدراك ، « وإلاّ » ههنا بمعنى « لكن » هكذا قال أهلُ العربيّة . منهم ابنُ قتيبة . وحكاه عن سيبويه ، والاستدراك لا يأتى إلا بعد الجحْدِ . ولذلك لم يأت الاستثناء فى الكتاب العزيز ، من غير الجنس إلاّ بعد النفى . ولا يأتى بعده الإثباتُ إلاّ أن يوجَد بعد جُملة .

وإذا تقرّر هذا فلا مدخل للاستدراك فى الإقرار ، لأنّه إثباتٌ للمقرّ به . فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً . وإن ذكره بعد جملة . كأن قال : له عندى مائة درهم إلاّ ثوباً لى عليه ، فيكون مُقراً بشىء مُدّعياً لشىء سواه ، فيُقبل إقراره ، وتبطُل دعواه ، كما لو صرّح بذلك بغير لفظ الاستثناء . وأما قوله تعالى (فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ) فإنّ إبليس كان من الملائكة ، بدليل أنّ الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرَهم ، فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ، ولا عاصياً بتركه . ولا قال الله تعالى فى حقّه (فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ) ولا قال (مَامَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله ، وأهبطه ودَحَره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلاّ الملائكة ، فإن قالوا : بل قد تناول الأمر الملائكة ، ومن كان معهم . فدخل إبليس فى الأمر ، لكونه معهم ، قلنا : قد سقط استدلالُكم ، فإنّه متى كان داخلا فى المستثنى منه مأمورا بالسجود . فاستثناؤه من الجنس ، وهذا ظاهر إن أنصف إن شاء الله تعالى ، فعلى هذا : متى قال : له علىّ ألف درهم إلا ثوباً لزمه الألف ، وسقط الاستثناء ، بمنزلة ما لو قال : له علىّ ألف درهم ، لكن لى عليه ثوبٌ .

---

(١) اليعافير : الظباء التى لونها بلون التراب أو مطلقاً ، والعيس : الجمال البيض التى يخالط بياضها شقرة .
(٢) أوارىّ : جمع ورية وهى ما تورى به النار من خرقة أو حطبة ونحوهما .

٣٧٦٦ (الفصل الثانى) إذا استثنى عيناً[1] من وَرِقٍ ، أووَرِقاً من عَيْنٍ ، فاختلف أصحابُنا فى صحّته ، فذهب أبو بكر عبدالعزيز إلى أنه لايصحّ ، لما ذكرنا ، وهو قول محمد بن الحسن ، وقال ابن أبى موسى : فيه روايتان ، واختار الخِرَقىّ صحّته ، لأنّ قدر أحدهما معلوم من الآخر ، ويعبّر بأحدهما عن الآخر ، فانّ قوماً يُسمُّون تسعةَ دراهم ديناراً ، وآخرون يُسمُّون ثمانيةَ دراهم ديناراً . فإذا استثنى أحدهما من الآخر عُلم أنّه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر ، فإذا قال : له علىّ دينار إلا ثلاثة دراهم ، فى موضع يُعبّر فيه بالدينار عن تسعةٍ ، كان معناه : له علىّ تسعة دراهم إلا ثلاثةً ، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجُز إلغاؤه . وقد أمكن بهذا الطريق ، فوجب تصحيحُه ، وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين ، والورق ، وبين غيرها ، ويلزم من صحّة استثناء أحدهما من الآخر صحّة استثناء الثياب ، وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق ، ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحّة على ما إذا كان أحدهما يعبّر به عن الآخَر ، أو يُعلم قدره منه ، ورواية البُطلان على ما إذا انتفى ذلك ، والله أعلم .

٣٧٦٧ (فصـــل)

ولو ذكرنا نوعاً من جنس ، واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس . مثل أن يقول : له علىّ عشرة آصُعٍ تمرًا بَرْنِيًّا إلاّ ثَلَاثَةً تمرًا مَعْقِلِيًّا لم يجُز ، لما ذكرناه من الفصل الأول . ويخالف العين والورق ، لأنّ قيمة أحد النوعين غيرُ معلومةٍ من الآخر ، ولا يعبّر بأحدهما عن الآخر ، ويحتمل على قول الخِرَقىّ جوازه ، لتقارب المقاصد من النوعين ، فهما كالعين ، والورق ، والأولُ أصحّ ، لأن العلّة الصحيحة فى العين والورق غيرُ ذلك .

٣٧٦٨ (فصـــل)

فأما استثناء بعض ما دخل فى المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه ، فإن ذلك فى كلام العرب ، وقد جاء فى الكتاب والسنَّة قال الله تعالى « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا » وقال « فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ إِلاَّ إِبْلِيسَ » وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الشهيد « يُكَفَّرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إلا الدَّيْنَ » وهذا فى الكتاب ، والسنَّة كثير ، وفى سائر كلام العرب ، فإذا أقرّ بشىء ، واستثنى منه كان مُقِرًّا بالباقى بعد الاستثناء ، فإذا قال : له علىّ مائة إلاَّ عَشَرَةً . كان مُقِرًّا بتسعين ، لأنّ الاستثناء يمنع أن يدخُل فى اللفظ ما لولاه لدخل ، فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه ، ولو أقرّ بالعشرة المستثناة لما قُبل منه إنكارُها ، وقول الله تعالى « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا » إخبار بتسعمائة ، وخمسين ،

(١) العين : الذهب ، والورق : الفضة .

فالاستثناء بيّن أن الخمسين المستثناة غيرُ مرادةٍ ، كما أنّ التخصيص يبيّن أن المخصوص غيرُ مراد باللفظ العامّ ، وإن قال إلا ثلثَيها ، أو ربعَها صحّ ، وكان مُقِرًّا بالباقى بعد المستثنى

وإن قال:هذه الدار لزيد إلاّ هذا البيت كان مُقرًّا بما سِوَى البيت منها، وكذلك إن قال : هذه الدار له ، وهذا البيت لى صحّ أيضاً ، لأنه فى معنى الاستثناء ، لكونه أخرج بعض ما دخل فى اللفظ الأول بكلام متّصل .

وإن قال : له هؤلاء العبيد إلا هذا صحّ ، وكان مُقرًّا بمن سواه منهم ، وإن قال : إلاّ واحداً صحّ ، لأن الإقرار يصحّ مجهولا ، فكذلك الاستثناء منه ، ويرجع فى تعيين المستثنى إليه ، لأن الحكم يتعلّق بقوله ، وهو أعلم بمراده بِهِ .

وإن عيّن من عدا المستثنى صحّ ، وكان الباقى له ، فإن هلك العبيدُ إلا واحداً ، فذكر أنَّه المستثنى قُبل ، ذكره القاضى ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وقال أبو الخطاب : لا يُقبل فى أحد الوجهين ، وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأنه يرفع به الإقرار كله ، والصحيح أنه يُقبل ، لأنه يُقبل تفسيره به فى حياتهم ، لمعنًى هو موجود بعد موتهم ، فقبل كحالة حياتهم ، وليس هذا رفعاً للاقرار ، وإنّما تعذر تسليم المقرّ به لتلفه ، لمعنًى يرجع إلى التفسير ، فأشبه ما لو عيَّنه فى حياتهم ، فتلف بعد تعيينه .

وإن قتل الجميع إلا واحداً قُبل تفسيرُه بالباقى وجهاً واحداً ، وإن قتل الجميع ، فله قيمة أحدهم ، ويرجع فى التفسير إليه ، وإن قال : غصبتُك هؤلاء العبيد إلا واحداً ، فهلكوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً ، لأن المقَرّ له يستحقّ قيمة الهالكين ، فلا يُفضى التفسير بالباقى إلى سقوط الإقرار ، بخلاف التى قبلها .

٣٧٦٩ (فصــل)

وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلاّ ، فإذا قال : له علىّ عشرة سوى درهم ، أو ليس درهماً، أو خلا درهماً أو عدا درهماً، أو ما خلا ،أو ما عدا درهماً ، أو لا يكون درهماً ، أو غيرَ درهمٍ بفتح الراء(١) كان مُقِرًّا بتسعة ، وإن قال : غيرُ درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء ، فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة ، وإن لم يكن

(١) يريد الشارح بفتح الراء فى غير ، لأن غيرا تأخذ حكم المستثنى فتنصب هى فى مثل هذه الحالة ويجر المستثنى بإضافتها إليه ، أما إذا ضمت الراء فتكون غير صفة للعشرة ، ويكون تقدير الكلام : له عندى عشرة مغايرة للدرهم فيكون أقر بعشرة .

من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة .

٣٧٧٠ (فصـــــــل)

ولا يصحّ الاستثناء إلا أن يكون متّصلا بالكلام ، فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، أو فصل بين المستثنى منه ، والمستثنى بكلام أجنبيّ لم يصحّ لأنه إذا سكت ، أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقرّ حكم ما أقرّ به ، فلم يرتفع ، بخلاف ما إذا كان في كلامه ، فإنّه لا يثبُت حكمه ، وينتظر ما يتمّ به كلامه ، ويتعلّق به حكم الاستثناء ، والشرط ، والعطف ، والبدل ، ونحوه .

٣٧٧١ (فصـــــل)

ولا يصحّ استثناء الكلّ بغير خلاف ، لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ ، واستثناء الكلّ رفع الكلّ ، فلو صحّ صار الكلام كلّه لغواً غيرَ مفيد ، فإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، إلاّ درهماً ، أو ثلاثةُ دراهم ، ودرهمان ، إلا درهمين ، أو ثلاثةٌ ونصفٌ إلا نصفاً ، أو إلا درهماً ، أو خمسةٌ وتسعونَ إلا خمسةً ، لم يصحّ الاستثناء ، ولزمه جميع ما أقرّ به قبل الاستثناء ، وهذا قول الشافعيّ ، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة ، وفيه وجه آخر : أنه يصحّ . لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين ، وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ، ومن أصلنا أنّ الاستثناء اذا تعقَّب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها ، كقولنا في قول الله تعالى « وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا » إنّ الاستثناء عاد الى الجملتين ، فإذا تاب القاذفُ قُبلت شهادته ، ومن ذلك قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَؤُمَّنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ، وَلاَ يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِ » والوجه الأول أولى ، لأنّ الواو لم تُخرج الكلام من أن يكون جملتين ، والاستثناء يرفع إحداهما جميعها ، ولا نظير لهذا في كلامهم ، ولأن صحَّة الاستثناء تجعلُ إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً ، لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ، ثم رفعه كلّه ، فلا يصحّ ، كما لو استثنى منها . وهي غير معطوفة على بعضها ، فأما الآية والخبر فإنّ الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين ، إنّما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة ، فنظيره ما لو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له ، وأعطه درهماً إلاّ فلاناً ، ونظير مسألتنا ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمراً ، إلا عمراً ، وإن قال : له عليّ درهمان ، وثلاثةٌ إلا درهمين ، لم يصحّ أيضاً ، لأنه يرفع الجملة الأولى كلّها ، فأشبه ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمراً ، إلا زيداً ، وإن قال : له عليّ ثلاثة ، وثلاثة ، إلا درهمين خرِّج فيها وجهان ، لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه ، واستثناء الأكثر فاسد ، كاستثناء الكلّ .

٣٧٧٢ (فصـل)

وإن استثنى استثناء بعد استثناء ، وعطف الثانيَ على الأول كان مضافاً إليه ، فإذا قال : له عليَّ عشرة إلا ثلاثةً ، وإلا درهمين ، كان مُستثنياً لخمسة مُبقياً لخمسة ، وإن كان الثاني غيرَ معطوف على الأول كان استثناءً من الاستثناء ، وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله : (قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إلا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إلا امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْغَابِرِينَ) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نفياً ، والثاني إثباتاً ، فإن استثنى استثناءً ثالثاً كان نفياً يعود كلّ استثناء إلى ما يليه من الكلام ، فإذا قال : له عشرة إلا ثلاثة ، إلا درهماً ، كان مُقرًّا بثمانية ، لأنه أثبت عشرةً ، ثم أثبت درهماً ، وبقي من الثلاثة المنفيّةِ درهمان ، مُستثنيان من العشرة، فيبقى منها ثمانية ، وسنزيد لهذا الفصل فروعاً في مسألة استثناء الأكثر .

٣٧٧٣ (فصل)

إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو سُكنى ، أو عارية ، كان إقراراً بما أبدل به كلامه ، ولم يكن اقراراً بالدار ، لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله ، فصحّ ، كما لو أقرَّ بجملة ، واستثنى بعضها ، وذكر القاضي : في هذا وجهاً : أنه لا يصحّ ، لأنه استثناء من غير الجنس، وليس هذا استثناءً إنما هذا بدل، وهو سائغ في اللغة . ويُسمَّى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال ، وهو أن يُبدِل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء ، كقوله : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال : (وَمَا أَنْسَانِيهِ إلاَّ الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ) أي أنساني ذِكْرَه ، وإن قال : له هذه الدار ثلثها ، أو قال رُبعها صحّ ، ويكون مُقرًّا بالجزء الذي أبدله ، وهذا بدل البعض ، وليس ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى : (قُمِ اللَّيْلَ إلاَّ قَلِيلاً نِصْفَهُ) وقوله : (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) ولكنّه في معنى الاستثناء في كونه يُخرج من الكلام بعض ما يدخُل فيه . لولاه ، ويُفارقه في أنه يجوز أن يُخرج أكثر من النصف ، وأنه يجوز ابدال الشيء من غيره إذا كان مشتملا عليه ، ألا ترى أنّ الله تعالى أبدل المستطيع للحجّ من الناس ، وهو أقلُّ من نصفهم ، وأبدل القتالَ من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال : له هذه الدار سُكنى ، أو عارية ، ثبت فيها حكم ذلك ، وله أن لا يُسكنه ايّاها ، وأن يعود فيما أعاره .

٣٧٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ادّعِيَ عليه شيء ، وقال : قد كان له عليّ ، وقضيته لم يكن ذلك اقراراً ﴾ .

حكى ابن أبي موسى أن في المسألة روايتين :

إحداهما : أن هذا ليس بإقرار ، اختاره القاضي ، وقال : لم أجد عن أحمد روايةً بغير هذا .

والثانية : أنه مقرّ بالحقّ مدّعٍ لقضائه ، فعليه البيِّنة بالقضاء ، و إلاّ حلف غريمُه وأخذ ، واختاره أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة : لأنه أقرّ بالدين ، وادّعى القضاء ، فلم تُقبل دعواه ، كما لو ادّعى القضاء بكلام منفصل ، ولأنه رفع جميع ما أثبته ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين .

ووجه قول الخِرَقيّ : أنه قول متّصل ، يمكن صحّته ، ولا تناقُض فيه ، فوجب أن يُقبل ، كاستثناء البعض ، وفارق المنفصل . لأن حكم الأول قد استقرّ بسكوته عليه ، فلا يمكن رفعه بعد استقراره ، ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ، ولا غيره ، فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجرّدةً ، لا تُقبل الا ببيّنة ، وأما استثناء الكلّ فمتناقض ، لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف ، وليس عليه شيء .

٣٧٧٥ (فصــل)

وإن قال : له عليّ مائة وقضيتُه منها خمسين ، فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال : وقضيتها ، وإن قال له إنسان : لى عليك مائة ، فقال : قضيتُك منها خمسين ، فقال القاضي : لا يكون مُقرًّا بشيء ، لأنّ الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما تمنع بقاءها ، وهو دعوى القضاء ، وباقي المائة لم يذكرها ، وقوله: منها يحتمل أن يُريد بها مما يدّعيه ، ويحتمل ممّا عليّ ، فلا يثبت عليه شيء بكلام مُحتمِل . ويجيء على قول من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التي ادّعى قضاءها . لأنّ في ضمن دعوى القضاء اقراراً بأنّها كانت عليه ، فلا تُقبل دعوى القضاء بغير بيّنة .

٣٧٧٦ (فصــل)

وإن قال : كان له عليّ ألف ، وسكت ، لزمه الألف في ظاهر كلام أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قول الشافعيّ ، وقال في الآخر : لا يلزمه شيء ، وليس هذا بإقرار . لأنه لم يذكر عليه شيئاً في الحال ، إنّما أخبر بذلك ، فجاز في ماضٍ فلا يثبت في الحال ، ولذلك لو شهدت البيّنة به لم يثبُت .

ولنا : أنه أقرّ بالوجوب ، ولم يذكر ما يرفعه ، فيبقى على ما كان عليه ، ولهذا لو تنازعا داراً ، فأقرّ أحدهما للآخر أنّها كانت ملكه حكم بها له ، إلاّ أنه ههنا إن عاد فادّعى القضاء ، أو الإبراء ، سُمعت دعواه، لأنه لا تنافيَ بين إقراره ، وبين ما يدّعيه .

٣٧٧٧ (فصــل)

وإن قال : له عليّ ألف ، قضيتُه إيّاها لزمه الألف ، ولم تُقبل دعوى القضاء ، وقال القاضي : تُقبل .

لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء مُتّصلاً ، فأشبه مالو قال : كان له عليّ ، وقضيتُه ، وقال ابن أبي موسى : ان قال : قضيتُ جميعه لم يُقبل الا ببيّنة ، ولزمه ما أقرّ به ، وله اليمين على المقرّ له ، ولو قال : قضيتُ بعضه قُبل منه في إحدى الروايتين . لأنه رفع بعض ما أقرّ به بكلام متّصل . فأشبه مالو استثناه ، بخلاف ما اذا قال : قضيتُ جميعه ، لكونه رفع جميع ما هو ثابت ، فأشبه استثناء الكلّ .

ولنا : أن هذا قول متناقض ، إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه ، فإنّ كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمّته ، واستحقاق مطالبته به ، وقضاؤه يقتضي براءة ذمّته منه ، وتحريم مطالبته به ، والإقرار به يقتضي ثبوته ، والقضاء يقتضي رفعه ، وهذان ضدّان ، لا يُتصوّر اجتماعهما في زمن واحد ، بخلاف ما إذا قال : كان له عليّ ، وقضيتُه ، فإنه أخبر بهما في زمانين ، ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ، ويقضي ما كان ديناً ، وإذا لم يصحّ هذا في الجميع لم يصحّ في البعض ، لاستحالة بقاء ألف عليه ، وقد قضى بعضه .

ويفارق الاستثناء . فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه ، فقول الله تعالى (فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إلاّ خَمْسِينَ عَاماً) عبارة عن تسعمائة ، وخمسين ، أما القضاء فإنّما يرفع جزءاً كان ثابتاً ، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدلّ على البقاء .

وإن وصل إقراره بما يُسقطه ، فقال : له عليّ ألف من ثمن خمر ، أو خنزير ، أو من ثمن طعام اشتريتُه ، فهلك قبل قبضه ، أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه ، أو تكفّلت به على أنّي بالخيار ، لزمه الألف ، ولم يُقبل قوله في إسقاطه . ذكره أبو الخطّاب . وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعيّ . وذكر القاضي : أنّه إذا قال : له عليّ ألف زُيُوفٌ ، ففسّره برصاص ، أو نُحاس لم يُقبل . لأنه رفع كلّ ما اعترف به ، وقال في سائر الصور التي ذكرناها : يُقبل قوله . لأنه عزا إقراره إلى سببه ، فقُبل ، كما لو عزاه إلى سبب صحيح .

ولنا : أن هذا يُناقض ما أقرّ به فلم يُقبل ، كالصورة التي سلّمها ، وكما لو قال : له عليّ ألف لا يلزمني ، أو يقول : دفع جميع ما أقرّ به ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ ، وغير خافٍ تناقضُ كلامه . فإنّ ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصوّر ، وإقراره إخبار بثبوته ، فيتنافيان ، وإن سلّم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه .

٣٧٧٨ (فصــل)

ولا يُقبل رجوع المقرّ عن إقراره إلاّ فيما كان حدّاً لله تعالى ، يُدرأ بالشُّبهات ، ويُحتاط لإسقاطه ،

فأمّا حقوقُ الآدميّين ، وحقوقُ الله تعالى التي لا تُدرأ بالشبهات ، كالزكاة ، والكفّارات ، فلا يُقبل رجوعه عنها ، ولا نعلم في هذا خلافاً .

فإذا قال : هذه الدار لزيد ، لا ، بل لعمرو ، أو ادّعى زيدٌ على ميّت شيئاً معيّناً من تركته ، فصدّقه ابنه ، ثم ادّعاه عمرو ، فصدّقه ، حكم به لزيد ، ووجبت عليه غرامته لعمرو ، وهذا ظاهر أحد قولي الشافعيّ ، وقال في الآخر : لا يغرم لعمرو شيئاً ، وهو قول أبي حنيفة . لأنه أقرّ له بما عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله ، وذلك لا يوجب الضمان .

ولنا : أنه حال بين عمرو ، وبين ملكه الذي أقرّ له به بإقراره لغيره ، فلزمه غُرمه ، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ، ثمّ رجعا عن الشهادة ، أو كما لو رمى به في البحر ، ثم أقرّ به ، وإن قال : غصبتُ هذه الدار من زيد ، لا ، بل من عمرو ، أو غصبتُها من زيد ، وغصبها زيدٌ من عمرو ، حكم بها لزيد ، ولزمه تسليمها إليه ، ويغرمها لعمرو ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ ، وقال في الآخر : لا يضمنُ لما تقدم .

ولنا : أنه أقرّ بالغصب الموجب للضمان ، والردّ إلى المغصوب منه ، ثمّ لم يردّ ما أقرّ بغصبه ، فلزمه ، ضمانه ، كما لو تلف بفعل الله تعالى ، قال أحمد في رواية ابن منصور ، في رجل قال لرجل : استودعتك هذا الثوب قال : صدقت ، ثمّ قال : استودعنيه رجلٌ آخر ، فالثوب للأوّل ، ويغرم قيمته للآخر ، ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متّصل ، أو منفصل .

٣٧٧٩ (فصـــل)

فإن قال : غصبتُ هذه الدار من زيد ، وملكها لعمرو ، لزمه دفعها إلى زيد لإقراره له بأنّها كانت في يده ، وهذا يقتضي كونها في يده بحقّ ، وملكها لعمرو ، لا ينافي ذلك ، لأنّها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة ، أو عارية . أو وصيّة ، ولا يغرم لعمرو شيئاً ، لأنه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما إذا قال: هـــذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، لأنه أقرّ للثاني بما أقرّ به للأوّل ، فكان الثاني رجوعاً عن الأول ، لتعارضهما ، وههنا لا تعارُض بين إقراريه . وإن قال : ملكها لعمرو ، وغصبها من زيد، فكذلك لا فرق بين التقديم ، والتأخير ، والمتّصل ، والمنفصل . ذكره القاضي . وقيل : يلزمه دفعها إلى عمرو ، ويغرمها لزيد ، لأنه لمّا أقرّ بها لعمرو أولاً ، لم يُقبل إقراره باليد لزيد ، وهذا وجه حسن . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين ، ولو قال : هذا الألف دفعه إليّ زيد ، وهو لعمرو . أو قال : هو لعمرو ، ودفعه إليّ زيد ، فكذلك على ما مضى من القول فيه .

٣٧٨٠ (فصـــل)

وإن قال : غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الإقرار . لأنه يصحّ بالمجهول ، فيصحّ للمجهول ،

ويُطالب بالبيان ، فإن عيَّن أحدَهما دُفعت إليه ، ويحلف للآخر إن ادّعاها ، ولا يغرم له شيئاً ، لأنه لم يقرّ له بشيء ، وإن قال : لا أعرفه عيناً فصدّقاه ، نُزعت من يده ، وكانا خصمين فيها ، وإن كذّباه فعليه اليمين : أنه لا يعلم ، وتُنزع من يده فإن كان لأحدهما بيّنة حكم له بها ، وإن لم تكن له بيّنة أقرعْنا بينهما . فمن قرع صاحبه حلف ، وسُلّمت إليه ، وإن بيّن الغاصب بعد ذلك مالكها قُبل منه ، كما لو بيّنه ابتداءً ، ويحتمل أنه إذا ادّعى كلّ واحد منهما أنّه المغصوب منه توجّهت عليه اليمينُ لكلّ واحد منهما أنه لم يغصبه ، فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر ، لأنّ ذلك يجرى مجرى تعيينه ، وإن نَكل عن اليمين لهما جميعاً فسلّمت إلى أحدهما بقرعة ، أو غيرها ، لزمه غُرمها للآخر ، لأنّه نَكل عن يمين توجّهت عليه ، فقُضى عليه كما لو ادّعاها وحده .

٣٧٨١ (فصــل)

فإن كان فى يده عبدان فقال . أحد هذين لزيد ، طولب بالبيان ، فإن عيّن أحدهما فصدّقه زيد أخذه ، وإن قال : هذا لى ، والعبد الآخر ، فعليه اليمين فى العبد الذى يُنكره . وإن قال زيد : إنّما لى العبد الآخر ، فالقولُ قولُ المقرّ مع يمينه ، فى العبد الذى يُنكره . ولا يدفع إلى زيد العبد المقرّ به ، لكن يقرّ فى يد المقرّ ، لأنه لم يصحّ إقراره به فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يُنزع من يده ، لاعترافه بأنه لا يملكه ، ويكون فى بيت المال ، لأنه لا مالك له معروف ، فأشبه ميراثَ مَنْ لا يُعرف وارثه ، فإن أبى التعيين فعيّنه المقرّ له ، وقال : هذا عبدى ، طولب بالجواب ، فإن أنكر حلف ، وكان بمنزلة تعيينه للآخر ، وإن نَكل عن اليمين يُقضَى عليه ، وإن أقرّ له فهو كتعيينه .

٣٧٨٢ (فصــل)

ولو أقرّ لرجل بعبد ، ثم جاءه به ، فقال : هذا الذى أقررتُ به ، فقال : ليس هو هذا . إنّما هو آخر ، فعلى المقرّ اليمين : أنّه ليس له عنده سواه . ولا يلزمه تسليم هذا الى المقَرّ له . لأنه لا يدّعيه . وان قال : هذا لى ، ولى عندك آخر . سلّم اليه هذا ، وحلف له على نفى الآخر ، وكلّ من أقرّ لرجل بملك ، فكذّبه بطل إقراره . لأنه لا يثبُت للانسان ملك لا يَعترف به . وفى المال وجهان :

أحدهما : يترك فى يد المقرّ . لأنه كان محكوماً له به . فإذا بطل إقراره بقى على ما كان عليه .

والثانى : يُؤخذ الى بيت المال ، لأنّه لم يثبُت له مالك . وقيل : يُؤخذ ، فيُحفظ حتى يظهر مالكه . لأنه لا يدّعيه أحد . ومذهب الشافعىّ مثل هذا ، فإن عاد أحدهما ، فكذّب نفسه دُفع إليه . لأنه يدّعيه ، ولا مُنازع له فيه ، وإن كذّب كلّ واحد منهما نفسه . فرجع المقرّ عن إقراره ، وادّعاه المقَرّ له . فإن كان باقياً فى يد المقرّ فالقول قولُه . مع يمينه ، كما لو لم يقرّ به لغيره . وإن كان معدوماً بتلف ، أو إباق ، ونحوه بغير تعدّ من أحدهما ، فلا شىء فيه ، من يمين ، ولا غيرها . وان كان بتعدّ من أحدهما فالقول فيه قول المقرّ مع يمينه ،

كما لو كان باقياً ، فإذا حلف سقط عنه الضمان . ان كان تلفه بتعدّيه . ووجب له الضمان على الآخر . إن كان تلفه بتعدٍّ منه ، والله أعلم .

٣٧٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بعشرة دراهم ، ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه . ثم قال : زيوفاً . أو صغاراً . أو إلى شهر . كانت عشرةً جياداً ، وافيةً حالّةً ﴾

وجملته : أن من أقرّ بدراهم ، وأطلق ، اقتضى إقراره الدراهم الوافية ، وهى دراهم الإسلام ، كلّ عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، وكلّ درهم ستّة دوانق ، واقتضى أن تكون جياداً ، حالّة ، كما لو باعه بعشرة دراهم ، وأطلق ، فإنّها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ، وأخذ فى كلامٍ غير ما كان فيه ، استقرّت عليه ، كذلك ، فإن عاد ، فقال : زيوفاً — يعنى رديئةً — أو صغارا ، وهى الدراهم الناقصة ، مثل دراهم طبريّة كان كلّ درهم منها أربعةَ دوانيق ، وذلك ثلثا درهم ، أو إلى شهر ، يعنى مؤجّلةً لم يُقبل منه ، لأنه يرجع عن بعض ما أقرّ به ، ويرفعه بكلام منفصل ، فلم يقبل كالاستثناء المنفصل ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، ولا فرق بين الإقرار بها ديناً ، أو وديعةً ، أو غَصْباً ، وقال أبو حنيفة : يُقبل قوله فى الغصب ، والوديعة ، لأنه أقرّ بفعل فى عَيْنٍ ، وذلك لا يقتضى سلامتها ، فأشبه مالو أقرّ بغصب عبدٍ ، ثم جاء به معيباً .

ولنا : أن إطلاق الاسم يقتضى الوازنةَ ، الجياد ، فلم يُقبل تفسيره بما يخالف ذلك ، كالدين ، ويُفارق العبد ، فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه ، فأمّا إن وصفها بذلك بكلام متّصل ، أو سكت للتنفّس ، أو اعترضته سَعْلَةٌ ، أو نحو ذلك ، ثم وصفها بذلك ، أو شيء منه قُبِل منه ، وذكر أبو الخطّاب أنه يحتمل أن لا يُقبل منه التأجيل ، وهو قول أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعيّ . لأن التأجيل يمنع استيفاء الحقّ ، فلم يُقبل ، كمالو قال : له علىّ دراهم قضيته إيّاها ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يُقبل تفسيره بالناقصة ، وقال القاضى : إن قال : له علىّ عشرة دراهم ناقصةٌ قبل قوله ، وإن قال : صغارا ، وللناس دراهم صغار قُبل قولُه أيضاً ، وإن لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنةٌ كما لو قال : دُرَيْهم[1] ، لزمه درهم وازنٌ ، وهذا قول ابن القاصّ من أصحاب الشافعيّ .

ولنا : أنه فسّر كلامه بما يحتمله بكلام متّصل ، فقُبل منه ، كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبّر بها عن الوازنة ، والناقصة ، والزُّيوف ، والجيّدة ، وكونها عليه يحتمل الحلول ، والتأجيل ، فإذا وصفها بذلك تقيّدت به ، كما لو وصف الثمن به ، فقال : بعتُك بعشرة دراهم مؤجّلةً ، ناقصةً ، وثبوتها على غير

(١) أى بصيغة التصغير .

هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحّة تقييدها به ، كالثمن ، وقولهم : إن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح ، وإنّما يؤخّره ، فأشبه الثمن المؤجّل .

يحققه أن الدراهم تثبت في الذمّة على هذه الصفات ، فإذا كانت ثابتةً بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهّرة سدّ باب الإقرار بها على صفتها ، وعلى ما ذكروه لا سبيل له إلى الإقرار بها إلاّ على وجه يؤاخذ بغير ماهو واجب عليه ، فيفسُد باب الإقرار ، وقول من قال : إن قوله صغارا ينصرف إلى المقدار لا يصحّ ، لأن مساحة الدراهم لا تُعتبر في الشرع ، ولا تثبت في الذمّة بمساحة مقدّرة . وإنّما يُعتبر الصغر ، والكبر في الوزن ، فيرجع إلى تفسير المقرّ ، فأما إن قال : زُيوفاً ، وفسّرها بمغشوشة ، أو مَعيبةٍ عيباً ينقصُها قُبل تفسيرُه ، وإن فسّرها بنُحاس ، أو رَصاص ، أو ما لا قيمة له لم يُقبل ، لأنّ تلك ليست دراهم على الحقيقة، فيكون تفسيره به رجوعاً عمّا أقرّ به فلم يُقبَل ، كاستثناء الكل .

٣٧٨٤ (فصل)

وإن أقرّ بدراهم ، وأطلق في بلد أوزانُهم ناقصةٌ ، كطبرّية كان درهمهم أربعةَ دوانيق ، وخُوَارَزْم كان درهمهم أربعةَ دوانيق، ونصفاً ، ومكّة درهمهم ناقصٌ ،وكذلك المغرب ، أو في بلد دراهمهم مغشوشة ، كمصر ، والموصل ، ففيه وجهان :

أولها : يلزمه من دراهم البلد ، ودنانيره ، لأنّ مُطلق كلامهم يُحمل على عرف بلدهم ، كما في البيع والأثمان .

والثاني : تلزمه الوازنة الخالصة من الغشّ ، لأن إطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها ، بدليل أن بها تقدير نُصُب الزكاة ، ومقادير الدّيات ، فكذلك إطلاق الشخص ، وفارق البيع ، فإنّه إيجاب في الحال ، فاختصّ بدراهم الموضع الذي هما فيه ، والإقرار إخبار عن حقّ سابق ، فانصرف إلى دراهم الإسلام.

٣٧٨٥ (فصل)

وإن أقرّ بدراهم ، وأطلق ، ثم فسّرها بسكّة البلد الذي أقرّ بها فيه ، قبل، لأن إطلاقه ينصرف إليه، وإن فسّرها بسِكّة غير سِكّة البلد ، أجود منها ، قبل ، لأنه يقرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وكذلك إن كانت مثلها ، لأنّه لا يتّهم في ذلك ، وإن كانت أدنى من سِكّة البلد ، لكنّها مساويةٌ في الوزن احتمل أن لا يُقبل، لأنّ إطلاقها يقتضي دراهم البلد ، ونقده ، فلا يُقبل منه دونها ، كما لا يُقبل في البيع ، ولأنّها ناقصة القيمة ، فلم يُقبل تفسيره بها ، كالناقصة وزناً ، ويحتمل أن يُقبل منه ، وهو قول الشافعيّ ، لأنّه يحتمل ما فسّره به، وفارق الناقصة ، لأنّ إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها ، بخلاف هذه ، ولهذا يتعلّق بهذه مقدار النّصاب في الزكاة ، وغيره ، وفارق الثمن ، فإنه إيجاب في الحال ، وهذا إخبار عن حقّ سابق .

٣٧٨٦ (فصــــل)

وإن قال : له عليّ درهم كبير ، لزمه درهم من دراهم الإسلام ، لأنه كبير في العرف ، وإن قال : له عليّ دُرَيْهم ، فهو كما لو قال : درهم ، لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته ، أو لقلة قدره عنده ، وتحقيره ، وقد يكون لمحبته ؛ كما قال الشاعر :

بِذَيَّالِكَ الوَادِي أَهِيمُ وَلَمْ أَقُلْ بِذَيَّالِكَ الوَادِي وَذَيَّاكَ مِنْ زُهْدِ
وَلَكِنْ إِذَا مَاحُبَّ شَيْءٌ تَوَلَّعَتْ بِهِ أَحْرُفُ التَّصْغِيرِ مِنْ شِدَّةِ الوَجْدِ

وإن قال : له عليّ عشرة دراهم عدداً ، لزمته عشرة معدودة ، وازنة ؛ لأنّ إطلاق الدراهم يقتضي وازنةً ، وذكر العدد لا يُنافيها ؛ فوجب الجمع بينهما ، فإن كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن ، فحكمه حكمُ مالو أقرّ بها في بلد أوزانُهم ناقصة ، أو دراهمهم مغشوشة ؛ على ما فُصّل فيه .

٣٧٨٧ (فصــــل)

وإذا أقرّ بدرهم ؛ ثمَّ أقرّ بدرهم ، لزمه درهم واحد ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يلزمه درهمان ، كما لو قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ولا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد ، أو في أوقات ، أو في مجلس واحد ، أو مجالس .

ولنا : أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول ، كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً ، وهوداً ، وصالحاً ، ولوطاً ، وشُعَيباً ، وإبراهيم ، وموسى ، وعيسى ، ولم يكن المذكور في قصّةٍ غيرَ المذكور في أخرى ، كذا ههنا ، فإن وصف أحدها ، وأطلق الآخر ، فكذلك ، لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف ، أطلقه في حال ، ووصفه في حال ، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين . كان تأكيداً ، لما ذكرنا ، وإن وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى ، فقال : درهم من ثَمَن مبيع ، ثم قال : له عليّ درهم من قرض ، أو درهم من ثمن ثَوْبٍ ، ثمّ قال : درهم من ثمن عبد ، أو قال : درهم أبيض ، ثم قال : درهم أسود ، فهما درهمان ، لأنّهما متغايران .

٣٧٨٨ (فصــــل)

وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، أو درهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثمَّ درهم ، لزمه درهمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، وذكر القاضي وجهاً ، فيما إذا قال : درهم ، فدرهم ، وقال : أردتُ : درهم ، فدرهم ، لازم لي ، أنّه يُقبل منه ، وهو قول الشافعيّ : لأنه يحتمل الصفة .

ولنـا : أن الفاء أحدُ حروف العطف الثلاثة ، فأشبهت الواو ، ثمّ ، ولأنه عطف شيئاً على شيء

بالفاء ، فاقتضى ثبوتهما ، كما لو قال : أنتِ طالق ، فطالق ، وقد سلّمه الشافعيّ ، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد ، لا يفهم حالة الإطلاق ، فلا يُقبل تفسيره به ، كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنّها زُيوف ، أو صغار ، أو مؤجّلة .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهمان ، لزمته ثلاثة .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودينار ، أو فدينار ، أو قفيزُ حنطة ، ونحو ذلك لزمه ذلك كله .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ودرهم . لزمته ثلاثة ، وحكى ابن أبي موسى ، عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال : أردتُ بالثالث تأكيد الثاني ، وبيانه أنه يُقبل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ . لأن الثالث في لفظ الثاني ، فظاهر مذهبه : أنه يلزمه الثلاثة ، لأنّ الواو للعطف ، والعطف يقتضي المغايرة ، فوجب أن يكون الثالث غير الثاني ، كما كان الثاني غير الأول ، والإقرار لا يقتضي تأكيداً ، فوجب حمله على العدد ، وكذلك الحكم إذا قال : له عليّ درهم ، فدرهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثمّ درهم ، ثمّ درهم ، وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ثم درهم ، أو درهم ، فدرهم ، ثمّ درهم ، أو درهم ، ثمّ درهم ، فدرهم ، لزمته الثلاثة ، وجهاً واحداً ، لأن الثالث مُغاير للثاني ، لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما ، فلم يحتمل التأكيد .

٣٧٨٩ (فصــل)

وإن قال : له عليّ درهم ، بل درهمان ، أو درهم ، لكن درهمان ، لزمه درهمان ، وبه قال الشافعيّ : وقال زفر ، وداود : تلزمه ثلاثة ، لأنّ بل للاضراب ، لأنه لما أقرّ بدرهم ، وأضرب عنه لزمه لأنه لا يُقبل رجوعه عمّا أقرّ به ، ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما .

ولنا : أنه إنّما نفى الاقتصار على واحد ، وأثبت الزيادة عليه ، فأشبه . ما لو قال : له عليّ درهم ، بل أكثر ، فإنّه لا يلزمه أكثر من اثنين ، وإن قال : له عليّ درهم بل درهم ، أو لكن درهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه درهمٌ واحد ، لأن أحمد قال : فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، لا ، بل أنتِ طالق ، أنّها لا تطلق إلاّ واحدةً ، وهذا في معناه ، وهذا مذهبُ الشافعيّ : لأنه أقرّ بدرهم مرتين ، فلم يلزمه أكثر من درهم ، كما لو أقرّ بدرهم ، ثم أنكره ، ثمّ قال : بل عليّ درهم ، ولكن للاستدراك ، فهي في معنى بل ، إلاّ أنّ الصحيح أنها لا تُستعمل إلا بعد الجَحْد ، إلاّ أن يذكر بعدها جملة .

والوجه الثاني : يلزمه درهمان ، ذكره ابن أبي موسى ، وأبو بكر عبد العزيز . ونقيضه قول زفر ، وداود ، لأنّ ما بعد الإضراب يُغاير ما قبله ، فيجبُ أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده ، فيجب الاثنان ، كما لو قال : له عليّ درهم ، بل دينار ، ولأنّ بل من حروف العطف ،

والمعطوف غير المعطوف عليه . فوجبا جميعاً ، كما لو قال : له علىّ درهم ، ودرهم ، ولأنّا لو لم نوجب عليه إلا درهماً جعلنا كلامه لغواً ، وإضرابه عنه غير مُفيد ، والأصل فى كلام العاقل . أن يكون مفيداً . ولو كان الذى أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ، ولا بعضه مثـــل أن يقول له : علىّ درهم ، بل دينار ، أو ديناران ، أو له علىّ قفيزُ حِنطة . بل قفيز شعير ، أو هذا الدرهم ، بل هـذان ، لزمه الجميع ، بغير خلاف علمناه ، لأنّ الأول لا يمكن أن يكون الثانى ، ولا بعضه ، فكان مُقرًّا بهما ، ولا يُقبل رجوعه عن شىء منهما ، وكذلك كل جملتين أقرّ بإحداهما ، ثمّ رجع إلى الأخرى لزماه ، وإن قال : علىّ درهمان ، بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الأكثر ، لأنّه أضرب عن واحد ، ونفاه بعد إقراره به ، فلم يُقبل نفيه له ، بخلاف الاستثناء ، فإنّه لا ينفى شيئاً أقرّ به ، وإنّما هو عبارة عن الباقى بعد الاستثناء ، فإذا قال : له عشرة إلاّ درهما ، كان معناه تسعة .

٣٧٩٠ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ درهم ، قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان ، وإن قال : قبله درهم ، وبعده درهم ، لزمه ثلاثة . لأن قبل ، وبعد ، تستعمل للتقديم ، والتأخير فى الوجوب ، وإن قال : له علىّ درهم فوق درهم ، أو تحت درهم ، أو مع درهم ، فقال القاضى : يلزمه درهم ، وهو أحد قولى الشافعىّ . لأنه يحتمل فوق درهم فى الجودة ، أو فوق درهم لى ، وكذلك تحت درهم ، وقوله : معه درهم ، يحتمل . معه درهم لى ، وكذلك مع درهم ، فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب : يلزمه درهمان ، وهو القول الثانى للشافعىّ . لأنّ هذا اللفظ يجرى مجرى العطف ، لكونه يقتضى ضمّ درهم آخر إليه ، وقد ذكر ذلك فى سياق الإقرار ، فالظاهر أنّه إقرار ، ولأن قوله : علىّ يقتضى : فى ذمّتى ، وليس المقر فى ذمّة نفسه درهم ، مع درهم المقرّ له . ولا فوقه . ولا تحته . فإنه لا يثبُت للانسان فى ذمّة نفسه شىء ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إن قال : فوق درهم لزمه درهمان ، لأنّ فوق تقتضى فى الظاهر الزيادة ، وإن قال : تحت درهم لزمه درهم واحد ، لأنّ تحت تقتضى النقص .

ولنا : أن حمل كلامه على معنى العطف ، فلا فرق بينهما ، وإن حمل على الصفة للدرهم المقرّ به وجب أن يكون المقرّ به درهماً واحداً ، سواء ذكره بما يقتضى زيادة الجودة ، أو نقصها ، وإن قال : له علىّ درهم قبله دينار ، أو بعده ، أو قفيز حنطة ، أو معه ، أو فوقه ، أو تحته ، أو مع ذلك ، فالقول فى ذلك ، كالقول فى الدرهم ، سواء .

٣٧٩١ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ ما بين درهم ، وعشرة ، لزمته ثمانية ، لأنّ ذلك : ما بينهما ، وإن قال : من درهم لعشرة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : تلزمه تسعة ، وهذا يحكى عن أبي حنيفة ، لأنّ من لابتداء الغاية ، وأول الغاية منها ، وإلى ، لانتهائها ، فلا يدخل فيها ، كقوله تعالى (ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ) .

والثاني : تلزمه ثمانية ، لأن الأول والعاشر حدّان ، فلا يدخل في الإقرار ، ولزمه ما بينهما ، كالتي قبلها :

والثالث : تلزمه عشرة لأنّ العاشر أحد الطرفين ، فيدخل فيها ، كالأول ، وكما لو قال : قرأتُ القرآنَ من أوله إلى آخره ، ، فإن قال : أردتُ بقولي من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلّها ، أي الواحد ، والاثنان ، وكذلك إلى العشرة ، لزمه خمسة ، وخمسون درهما ، واختصار حسابه أن تزيد أول العدد ، وهو الواحد على العشرة ، فيصير أحد عشرة ، ثم تضربها في نصف العشرة ، فما بلغ فهو الجواب .

٣٧٩٢ (فصـــل)

وإن قال : له على دراهم ، لزمه ثلاثة . لأنها أقلّ الجمع ، وإن قال : له عليّ دراهم كثيرة ، أو وافرة أو عظيمة ، لزمه ثلاثة ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يُقبل تفسيره بدون العشرة ، لأنّها أقلّ جمع الكثرة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يُقبل أقلّ من مائتين ، لأنّ بها يحصُل الغنى ، وتجب الزكاة .

ولنا : أن الكثرة ، والعظمة لاحدّ لها شرعاً ، ولا لغةً ، ولا عُرفًا ، وتختلف بالإضافات ، وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر ممّا دونها ، وأقلّ ممّا فوقها ، ومن الناس من يستعظم اليسير ؛ ومنهم من لا يستعظم الكثير ، ويحتمل أن المقرّ أراد كثيرة بالنسبة إلى مادونها ، أو كثيرةً في نفسه ، فلا تجب الزيادة بالاحتمال .

٣٧٩٣ (فصـــل)

وإن قال : له عليّ درهمان في عشرة ، وقال : أردتُ الحسابَ لزمه عشرون ، وإن قال : أردت درهمين مع عشرة ، ولم يكن يعرف الحساب قُبل منه ولزمه اثنا عَشْرَة ، لأن كثيراً من العامّة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى ، وإن كان من أهل الحساب احتمل أن لا يُقبل ، لأنّ الظاهر من الحساب استعمالُ ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ، ويحتمل أن يُقبل . لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامّة .

وإن قال أردت درهمين في عَشَرة لي لزمه درهمان ، لأنّه يحتمل ما يقول ، وإن قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب ، وسُئل عن مراده ، فإن قال : أردتُ العطفَ ، أو معنى معَ لزمه الدرهمان ، والدينار ، وإن قال أسلمتهما في دينار ، فصدّقه المَقرّ له بطل إقراره ، لأنّ سلَم أحد النقدين في الآخَر لا يصحّ ، وإن كذّبه فالقولُ قولُ المَقرّ له ، لأنّ المقرّ وصل إقراره بما يُسقطه ، فلزمه ما أقرّ به ، وبطل قوله في دينار .

وكذلك إن قال : له عليّ درهمان في ثوب ، وفسّره بالسلم ، أو قال : في ثوب اشتريتُه منه إلى سَنَة

فصدّقه بطل إقراره ، لأنّه إن كان بعد التفرّق بطل السلم ، وسقط الثمن ، وإن كان قبل التفرّق فالمقرّ بالخيار بين الفسخ ، والإمضاء ، وإن كذبه المقرّ له فالقولُ قوله مع يمينه ، وله الدرهمان .

٣٧٩٤ (فصــــل)

وإن قال : له عندى درهم فى ثوب ، أو فى كيس ، أو زيت فى جَرّة ، أو تِبْن فى غِرارة[1] أو تمر فى جِراب[2] أو سكّين فى قِراب[3] ، أو فصٌّ فى خاتَم ، أو كيسٌ فى صُندوق ، أو قال : غصبتُ منه ثوباً فى مِنديل ، وزيتاً فى زِقّ ففيه وجهان :

أحدهما : يكون مُقرّا بالمظروف دون الظرف ، هذا اختيار ابن حامد ، ومذهب مالك ، والشافعىّ . لأنّ إقراره لم يتناول الظرف ، فيحتمل أن يكون فى ظرف للمقرّ ، فلم يلزمه .

والثانى : يلزمه الجميع ، لأنّه ذكر ذلك فى سياق الإقرار ، ويصلُح أن يكون مقرّاً به ، فلزمه ، كما لو قال : له عندى عبد عليه عمامة ، وقال أبو حنيفة : فى الغصب يلزمه ، ولا يلزمه فى بقيّة الصور ، لأن المنديل يكون ظرفاً للثوب ، فالظاهر أنّه ظرف له فى حال الغصب ، صار كأنه قال : غصبتُ ثوباً ومِنْدِيلاً .

ولنا : أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب ، وهو ظرف للثوب ، فيقول : غصبتُ ثوباً فى منديل لى ، ولو قال : هذا لم يكن مُقرّا بغصبه ، فإذا أطلق كان مُحتمِلاً له ، فلم يكن مُقرّا بغصبه ، كما لو قال : غصبتُ دابّةً فى اصطبلها ، أو له علىّ ثوب فى منديل ، وإن قال : له عندى جَرّة فيها زيت ، أو جراب فيه تمر ، أو قراب فيه سكين ، فعلى وجهين ، وإن قال : له علىّ خاتم فيه فصّ ، فكذلك ، ويحتمل أن يكون مُقرّا به بفصّه وجهاً واحداً ، لأن الفصّ جزء من أجزاء الخاتم ، فأشبه مالو قال : له علىّ ثوب فيه علم[4] ولو قال : له عندى خاتم ، وأطلق لزمه الخاتم بفصّه ، لأن اسم الخاتم يجمعهما ، وإن قال : له علىّ ثوب مُطَرَّز لزمه الثوب بطرازه .

٣٧٩٥ (فصــــل)

وإن قال : له عندى دار مفروشة ، أو دابّة مُسْرَجَة ، أو عبد عليه عمامة ، ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعىّ : تلزمه عمامة العبد دون الفرش ، أو السَّرْج ، لأنّ العبد يدهُ على عمامته ، ويدُه كيد سيّده ، ولا يد للدابّة والدار .

(١) الغرارة : بكسر الغين ولا تفتح الجوالق (الشوال)
(٢) الجراب : بكسر الجيم المزود ، أو الوعاء الذى يوضع فيه الشيء
(٣) القراب : بكسر القاف الغمد الذى توضع فيه السكين
(٤) العلم : بفتح العين واللام خط أو خطوط مخالف لونها للون الثوب ، أو رسم أو رقم فى الثوب .

ولنا : أن الظاهر أن سَرْج الدابّة لصاحبها ، وكذلك لو تنازع رجلان سَرْجاً على دابّة أحدهما كان لصاحبها ، فصار كعمامة العبد ، فأمّا إن قال : له عندى دابّة بِسَرْجها أو دارٌ بفَرْشها ، أو سفينةٌ بطعامها ، كان مُقرًّا بهما ، بغير خلاف ، لأن الباءُ تعلّق الثانىَ بالأوّل .

٣٧٩٦ (فصـــــل)

وإن قال : له علىّ درهم ، أو دينار ، أو إمّا درهم ، أو إمّا دينار ، كان مُقرًّا بأحدهما ، يرجع فى تفسيره إليه لأن أو ، وإمّا فى الخبر للشكّ . وتقتضى أحدَ المذكورين ، لاجميعَهما ، وإن قال : له علىّ إمّا درهم ، وإمّا درهمان ، كان مُقرًّا بدرهم ، والثانى مشكوك فيه ، فلا يلزمه بالشكّ .

٣٧٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بشىء ، واستثنى منه الكثير ، وهو أكثر من النصف أخذ بالكل ،وكان استثناؤه باطلاً ﴾

لا يختلف المذهب أنّه لا يجوز استثناء مازاد على النصف ، ويُحكى ذلك عن ابن دَرَسْتَوَيْه النّحوىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحابهم : يصحّ مالم يستثن الكلّ ، فلو قال : له علىّ مائة إلاّ تسعةً وتسعين ، لم يلزمه إلاّ واحد ، بدليل قوله تعالى (فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلاَّ عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ)[١] وقوله تعالى (إِنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ)[٢] فاستثنى فى موضع الغاوين من العباد ، وفى موضع العباد من الغاوين وأيّهما كان الأكثر فقد دلّ على استثناء الأكثر ، وأنشدوا :

أَدُّوا الّتِى نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنَ مائَةٍ   ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوّامَا

فاستثنى تسعين من مائة ، لأنه فى معنى الاستثناء ، ومشبّه به ، ولأنه استثنى البعض ، فجاز ، كاستثناء الأقلّ ، ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ ، فجاز فى الأكثر ، كالتخصيص ، والبدل .

ولنا : أنه لم يرد فى لسان العرب الاستثناء إلاّ فى الأقلّ ، وقد أنكروا استثناء الأكثر ، فقال أبو إسحاق الزّجاج : لم يأت الاستثناءُ إلاّ فى القليل من الكثير ، ولو قال قائل مائة إلا تسعةً وتسعين لم يكن متكلّمًا بالعَرَبيّة ، وكان عِيًّا[٣] من الكلام ، ولُكْنَةً[٤] وقال القُتَيْبِى : يقال: صمتُ الشهرَ إلاّ يوماً ، ولا يقال

(١) بعض الآية ٨٢ من سورة ص .

(٢) الآية ٤٢ من سورة الحجر .

(٣) عيا : العى العجز عن النطق ، أو الكلام غير الناضج .

(٤) اللكنة : العجمة ، وعدم إقامة النطق بالعربية .

صمتُ الشهرَ إلا تِسْعةً وعِشرينَ يوماً ، ويقال . لقيتُ القومَ جميعَهم إلاّ واحداً أو اثنين ، ولا يجوز أن يقول : لقيتُ القومَ إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً فى الكلام لم يرتفع به ما أقرّ به كاستثناء الكلّ ، وكما لو قال : له على عشرة ، بل خمسة ، فأمّا ما احتجوّا به من التنزيل ، فانه فى الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم ، وهم الأقلّ ، كما قال تعالى (إلاَّ الَّذينَ آمنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وقَليلٌ مَاهُمْ)[1] وفى الأخرى استثنى الغاوينَ من العباد ، وهم الأقلّ فانّ الملائكة من العباد ، وهم غير غاوين . قال الله تعالى (بَلْ عِبادٌ مُكْرَمُونَ)[2] وقيل : الاستثناء فى هذه الآية منقطع ، بمعنى الاستدراك ، فيكون قوله (إنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلطَانٌ) مُبْقًى على عمومه ، لم يستثنَ منه شىء ، ثم استأنف (إلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ) أى لكن من اتّبعك من الغاوين فانّهم غَوَوا باتّباعكَ .

وقد دلّ على صحّة هذا قوله فى الآية الأخرى لأتباعه (وَمَا كَانَ لِىَ عليْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إلاَّ أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِى)[3] وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجّة ، وأمّا البيت : فقال ابن فضال النحوى : هو بيتٌ مصنوع ، لم يثبُت عن العرب ، على أنّ هذا ليس باستثناء ، فإنّ الاستثناء له كلمات مخصوصة ، ليس ههنا شىء منها ، والقياس لا يجوز فى اللغة ، ثم نعارضه بأنّه استثنى أكثرَ من النصف ، فلم يجُز ، كاستثناء الكلّ ، والفرق بين استثناء الأكثر ، والأقلّ أنّ العرب استعملته فى الأقلّ ، وحسّنته ، ونفته فى الأكثر ، وقبّحته ، فلم يجز قياس ما قبّحوه على ماحسّنوه ، وجوّزوه .

٣٧٩٨ (فصـــل)

وفى استثناء النصف وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف ، لأنّه ليس بأكثر ، فجاز ، كالأقلّ .

والثانى لايجوز ، ذكره أبو بكر ، لأنه لم يرد فى كلامهم إلا القليل من الكثير ، والنصف ليس بقليل .

٣٧٩٩ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ عشرة إلاّ سبعة ، إلا خمسة ، إلا درهمين ، صحّ ، وكان مُقرّاً بستة ، وذلك لأنه إذا استثنى الكلّ ، أو الأكثر سقط إن وَقَف عليه ، وإن وصله باستثناء آخرَ استعملناه ، لأن الاستثناء

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة ص .
(٢) بعض الآية ٢٦ من سورة الأنبياء .
(٣) بعض الآية ٢٢ من سورة إبراهيم .

مع المستثنى منه عبارة عمّا بقى ، فإن خمسةً إلاّ درهمين عبارةٌ عن ثلاثة ، استثناها من سبعةٍ ، يبقى أربعةٌ مستثناةٌ من عَشرٍ ، بقىمنها ستّة .

وإن قال : له علىّ ثمانية ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء على قول أبى بكر ، لأنه استثنى النصف ، وصحّ على الوجه الآخر ، فلزمه خمسة .

وإن قال : علىّ عشرة الا خمسة ، إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كلّه ، على أحد الوجهين ، وصحّ فى الآخر ، فيكون مُقرّاً بسبعة .

ولو قال : عشرة الاّ ستّة ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، فهو على الوجه الذى يصحّ فيه الاستثناء مُقرٌّ بستّة .

ولو قال : ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهماً كان مُقرًّا بثلاثة ، فأما إن قال : له على ثلاثة إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، بطل الاستثناء كلّه لأنّ استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر ، وهو موقوف عليه ، فبطل ، فإذا بطل الثانى بطل الأول ، لأنه استثناء الكلّ ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا ثلاثة أوجه :

أحدها : يبطل الاستثناء . لأن الأول بطل لكونه استثناء الكلّ ، فبطل الثانى ، لأنه فرعه .

والثانى : يصحّ ، ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأوّل لمّا بطل جعلنا الاستثناء الثانى من الإقرار ، لأنّه وليه ، لبُطلان ما بينهما .

والثالث : يصحّ ، ويكونُ مقرًّا بدرهمين . لأنه استثنى درهمين من ثلاثة ، فيبقى منها درهم مستثنًى من الإقرار ، واستثناء الأكثر عندهم لا يصحّ ، ووافقهم القاضى فى هـذا الوجه ، وإن قال ، ثلاثة ، إلا ثلاثة ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كلّه ، ويجىء على قول أصحاب الشافعىّ فيه مثلُ مافى التى قبلها .

٣٨٠٠ (فصـــــل)

وإن قال : له على ألف درهم ، إلا خمسين ، فالمستثنى دراهم ، لأن العرب لا تستثنى فى الإثبات إلا من الجنس ، وإن قال : له علىّ ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهمَ كذلك ، وهــذا اختيار ابن حامد ، والقــاضى ، وهو قول أبى ثور ، وقال أبو الحسن التميمىّ وأبو الخطاب : يكون الألفُ مبهماً يُرجع فى تفسيره إليه ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ . لأن الاستثناء عندهما يصحّ من غير الجنس ، ولأنّ لفظه فى الألف مبهم ، والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه .

ولنا : أنه لم يرد عن العرب الاستثناء فى الاثبات إلاّ من الجنس ، فمتى عُلم أحدُ الطرفين عُـلم أن الآخر من جنسه ، كما لو عُلم المستثنى منه ، وقد سلّموه ، وعِلّته تَلازُمُ المستثنى والمستثنى منه فى الجنس ، فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر ، فعلى قول التميمىّ يُسأل عن المستثنى منه ، فإن فسّره بغــير الجنس بطل

الاستثناء ، وعلى قول غيرهما ينظر فى المستثنى إن كان مثل المستثنى منه ، أو أكثر بطل ، وإلا صح .

٣٨٠١ (فصـــــل)

وإن قال : له علىّ تسعة ، وتسعون درهما ، فالجميع دراهم ، لا أعلم فيه خلافاً .

وإن قال: مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرّج بعض أصحابنا وجهاً : أنّه لايكون تفسيراً إلا لما يليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، وكذلك إن قال : ألف وثلاثة دراهم ، أو خمسون درهما ، وألف درهم ، أو ألف ، ومائة درهم ، أو مائة ، وألف درهم ،والصحيح ما ذكرنا ، فإن الدرهم المفسّر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة ، وجنس العدد ، قال الله تعالى مُخبراً عن أحد الخَصْمين (أنه قال[1]) (إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً)[2] وفى الحديث : أنّ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عليهِ وَسلم تُوُفِّيَ وَهُوَ ابنُ ثَلاَثٍ وَستِّينَ سَنةً ، وتُوفِّى أبو بكر وهو ابنُ ثَلاَثٍ وَستِّينَ سَنَةً ، وَتُوُفِّى عُمَرُ وَهُوَ ابنُ ثَلاَثٍ وَستِّينَ سَنَةً ، وقال عنترة :

فِيهَا اثْنَتَانِ وَأَرْبَعُونَ حَلوبَةً سُودًا كَخَافِيَةِ الْغُرَابِ الأَسْحَمِ[3]

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ، ولهذا لاتجب به زيادة على العدد المذكور ، فكان تفسيراً لجميع ماقبله ، لأنّها تحتاج إلى تفسير ، وهو صالح لتفسيرها ، فوجب حمله على ذلك .

وهذا المعنى موجود فى قوله ألف ، وثلاثة دراهم ، وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لايجعل الْمُجَمل من جنس المفسّر ، أو قال : بعتُك هذا بمائة ، وخمسين درهماً ، أو بخمسة وعشرين درهماً ، لايصحّ ، وهو قولٌ شاذٌ ضعيف ، لايُعوّل عليه .

٣٨٠٢ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ ألف ودرهم ، أو ألف ، وثوب ، أو قفيز حنطة ، فالمجملُ من جنس المفسّر أيضاً ، وكذلك لو قال : ألف درهم ، وعشرة ، أو ألف ثوب ، وعشرون ، وهذا قول القاضى ، وابن حامد ، وأبى ثور ، وقال التميمىّ ، وأبو الخطاب يُرجع فى تفسير المجمل إليه ، لأنّ الشىء يُعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً)[4] ولأن الألف مبهم ، فرُجع فى تفسيره إلى المقرّ ، كما لو لم يُعطف عليها .

---

(١) مابين القوسين زيادة يتم الكلام بدونها .

(٢) بعض الآية ٢٣ من سورة ص

(٣) خافية الغراب : الريش الذى إذا ضم الطائر جناحيه خفى ، وخافية الغراب تكون شديدة السواد ، والأسحم الأسود .

(٤) بعض الآية ٢٣٤ ، من سورة البقرة

وقال أبو حنيفة : إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له ، وإن عطف مذروعاً ، أو معدوداً لم يكن تفسيراً . لأنّ على للايجاب فى الذمّة ، فإن عطف عليه مايثبُت فى الذمّة بنفسه كان تفسيراً ، كقوله : مائة وخمسون درهماً .

ولنا أنّ العرب تكتفى بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى ، قال الله تعالى (وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلاثَمِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعاً[١]) وقال الله تعالى (عَنِ اليَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ[٢]) ولأنه ذكر مبهماً مع مفسّر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه ، فكان المبهم من جنس المفسّر ، كما لو قال : مائة وخمسون درهماً ، أو ثلاثمائة ، وثلاثة عشر رجلاً . يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير فى الجملة المقارنة له يصلح أن يفسّره ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، أما قوله (أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً لوجهين .

(أحدها) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث ، والأشهر مذكرة ، فلا يجوز أن تعدّ بغيرها .

(الثانى) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب ، لا بالعطف ، كما قال (عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ[٣]) وقولهم إنّ الألف مبهم قلنا قد قُرِن به مايدلّ على تفسيره ، فأشبه مالو قال مائة وخمسون درهما ، أو مائة ودرهم ، عند أبى حنيفة .

فإن قيل : إذا قال : مائة وخمسون درهماً فالدرهمُ ذكر للتفسير ، ولهذا لايزداد به العدد ، فصلَح تفسيراً لجميع ماقبله، بخلاف قوله : مائة ودرهم ، فإنه ذكر الدرهم للايجاب ، لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد ، قلنا: هو صالح للايجاب ، والتفسير معاً ، والحاجة داعية إلى التفسير ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، صيانة لـكلام المقر عن الالباس ، والإبهام وصرفاً له إلى البيان ، والإفهام ، وقول أصحاب أبى حنيفة أنّ على للايجاب قلنا: فتى عطف مايجب بها على مايجب ، وكان أحدها مبهماً ، والآخر مفسراً ، وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسّر ، ، فأما إن لم يمكن ، مثل أن يُعطف عدد المذكر على المؤنث ، أو بالعكس ، ونحو ذلك ، فلا يكون أحدها من جنس الآخر ، ويبقى المبهم على إبهامه ، كما لو قال : له علىّ أربعةَ دراهم ، وعشر .

٣٨٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : له عندى عشرة دراهم ، ثم قال وديعة كان القول قوله ﴾ .

(١) الآية ٢٥ من سورة الكهف ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل وازدادوا تسع سنين اكتفاء بقوله ثلثمائة سنين

(٢) بعض الآية ١٧ من سورة ق ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد ، واكتفى بذكر قعيد بعد الشمال .

(٣) الآية ٣٠ من سورة المدثر

وجملته : أنّ من أقرّ بهذا اللفظ فقال : له عندى دراهم ، ثم فسّر إقراره بأنها وديعة قُبِلَ تفسيره ، لا نعلم فيه اختلافاً بين أهل العلم ، سواء فسّره بكلام متّصل أو منفصل ، لأنه فسّر لفظه بما يقتضيه ، فقُبل ، كما لو قال : له علىّ دراهم ، وفسّرها بدَيْن عليه ، فعند ذلك تثبُت فيها أحكام الوديعة ، بحيثُ لو ادّعى تلفها بعد ذلك ، أو ردّها كان القول قوله ، وإن فسّرها بدين عليه قُبل أيضاً لأنّه يقرُّ على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : له عندى وديعة ، رَدَدْتها إليه ، أو تلفت ، لزمه ضمانُها ، ولم يُقبل قوله ، وبهذا قال الشافعىّ ، لما فيه من مناقضة الإقرار ، والرجوع عمّا أقرّ به ، فإنّ الألف المردود ، والتالف ليست عنده أصلاً ، ولا هى وديعة ، وكلّ كلام يُناقض الإقرار ، ويُحيله ، يجب أن يكون مردوداً .

وقال القاضى : يُقبل قوله ، لأنّ أحمد قال فى رواية ابن منصور : إذا قال : لك عندى وديعة دفعتها إليك صُدِّق ، لأنّه ادّعى تلف الوديعة ، أو ردّها ، فقُبل ، كما لو ادّعى ذلك بكلام منفصل ، وإن قال : كانت عندى ، وظننتُ أنّها باقية ، ثم عرفتُ أنّها كانت قد هلكت ، فالحكم فيها كالتى قبلها .

٣٨٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال : له علىّ ألف ، ثم قال : وديعةً لم يُقبل قولُه ﴾

وجملة ذلك : أنّه إذا أقرّ بدراهم ، بقوله : علىّ كذا ، ثم فسّره بالوديعة ، لم يُقبل قوله ، فلو ادّعى بعد هذا تلفها . لم يُقبل قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقيل عن الشافعىّ : يُقبل قوله : إنّها وديعة، وإذا ادّعى بعد ذلك تلفها قُبل منه .

وقال القاضى ما يدل على هذا أيضاً : لأنّ الوديعة عليه حفظُها ، وردّها ، فإذا قال : علىّ ، وفسّرها بذلك احتمل صدقه ، فقُبل منه ، كما لو وصله بكلامه ، فقال : علىّ ألف وديعةً ، ولأنّ حروف الصلات[1] يخلُف بعضها بعضاً ، فيجوز أن يستعمل على بمعنى عندى ، كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ) أى عندى .

ولنا أن علىّ للايجاب ، وذلك يقتضى كونها فى ذمّته ، وكذلك لو قال : ما على فلان علىّ كان ضامناً له ، والوديعة ليست فى ذمّته ، ولا هى عليه ، إنّما هى عنده ، وما ذكروه مجاز ، طريقه حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مُقامه ، أو إقامة حرف مُقام حرف ، والإقرارُ يؤخذ فيه بظاهر اللفظ ، بدليل أنّه لو قال : له علىّ دراهم : لزمته ثلاثةُ دراهم ، وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين ، وعن واحد ، كقول الله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ) ومواضع كثيرة فى القرآن ، ولو قال : له علىّ درهم ، وقال :

---

(١) حروف الصلات : هى حروف الجر . وفى النسخ المطبوعة (حروف الصفات) وهو تصحيف

أردتُ نصفَ درهم ، فحذفت المضاف ، وأقمتُ المضاف إليه مُقامه لم يُقبل منه .

ولو قال : لك من مالى ألف ، قال : صدقت ، ثم قال : أردتُ أنّ عليك من مالى ألفاً ، وأقمتُ اللامَ مُقامَ على ، كقول الله تعالى (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا) لم يُقبل منه ، ولو قُبل فى الإقرار مُطلق الاحتمال لسقط ، ولقُبل تفسير الدراهم بالناقصة ، والزائفة ، والمؤجّلة ، وأمّا إذا قال : لك علىّ ألف ، ثم قال : كان وديعةً ، فتلف ، لم يُقبل قوله ، لأنه متناقض ، وقد سبق نحوٌ من هذا .

٣٨٠٥ (فصـــــل)

وإن قال : لك علىّ مائة درهم ، ثم أحضرها ، وقال : هذه التى أقررتُ بها ، وهى وديعة ، كانت لك عندى ، فقال المقرّ له : هذه وديعة ، والتى أقررتَ بها غيرُها ، وهى دين عليك ، فقول الخِرَقىّ يقتضى أنّ القول قولُ المُقَرّ له ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال القاضى : القولُ قولُ المقِرّ مع يمينه ، وللشافعىّ قولان ، كالوجهين ، وتعليلهما ما تقدّم .

وإن كان قال فى إقراره : لك علىّ مائة فى ذمّتى ، فإنّ القاضىَ وافق ههنا فى أنه لا يُقبل قولُ المقرّ ، لأنّ الوديعةَ عينٌ لا تكون فى الذمّة ، قال : وقد قيل : يُقبل ، لأنّه يحتمل : فى ذمّتى أداؤها ، ولأنّه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدّى فيها ، فكان ضمانُها عليه فى ذمّته ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذه وجهان .

فأمّا إن وصل ذلك بكلامه ، فقال : لك علىّ مائة وديعةً قُبل : لأنّه وصل كلامه بما يحتمله ، فصحّ ، كما لو قال : له علىّ دراهم ناقصة .

وإن قال : له علىّ مائة وديعةً ديناً ، أو مُضاربةً ديناً صحّ ، ولزمه ضمانها ، لأنّها قد يتعدّى فيها ، فتكون ديناً .

وإن قال : أردتُ أنه شرط علىّ ضمانُها لم يُقبل ، لأنّها تصير بذلك ديناً ، وإن قال : عنده مائة وديعةٌ شرط علىّ ضمانها لم يلزمه ضمانُها ، لأنّ الوديعةَ لا تصير بالشرط مضمونةً ، وإن قال : علىّ وعندى مائة درهم عاريةً ، لزمته ، وكانت مضمونةً عليه ، سواء حكمنا بصحّة العارية فى الدراهم ، أو بفسادها ، لأن ما ضُمن فى العقد الصحيح ضُمن فى الفاسد ، وإن قال أودعنى مائةً ، فلم أقبضها ، أو أقرضنى مائةً فلم آخذها قُبل قوله متّصلاً ، ولم يُقبل إذا كان منفصلاً ، وهكذا إذا قال . نقدنى مائةً ، فلم أقبضها ، وهذا قولُ الشافعىّ .

٣٨٠٦ (فصـــــل)

فإن قال : له فى هذا العبد ألف ، أو له من هذا العبد ألف ، طولب بالبيان ، فإن قال : نَقَد عنّى ألفاً فى ثمنه ، كان قرضاً ، وإن قال : نقد فى ثمنه ألفاً قلنا : بيّن كم ثمن العبد ؟ ، وكيف كان الشراء ؟ فإن قال :

بإيجاب واحد وزن ألفاً ، ووزنتُ ألفاً كان مُقراً بنصف العبد ، وإن قال : وزنتُ ألفين كان مُقرًّا بثلثه ، والقولُ قولُه مع يمينه ، سواء كانت القيمة قدر ما ذكره ، أو أقلّ . لأنّه قد يُغبَن ، وقد يَغبِنُ .

وإن قال : اشتريناه بإيجابين ، قيل: فكم اشترى منه ؟ فإن قال: نصفاً ، أو ثلثاً ، أو أقلّ ، أو أكثر قُبل منه مع يمينه ، وافق القيمة أو خالفها .

وإن قال : وصّى له بألف من ثمنه ، بيع ، وصُرف إليه من ثمنه ألف ، وإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله ، لأن الموصَّى له يتعيّن حقُّه في ثمنه .

وإن فسّر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلّقت برقبته قُبِلَ ذلك ، وله بيع العبد ، ودفع الألف من ثمنه .

وإن قال : أردتُ أنّه رهن عنده بألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل، لأنّ حقّ المرتهن في الذمّة .

والثاني : يقبل . لأن الدين يتعلّق بالرهن ، فصحّ تفسيره به ، كالجناية ، ومذهبُ الشافعيّ كما ذكرنا في الفصل جميعه .

٣٨٠٧ (فصــــل)

وإن قال : له في مالي هذا ألف ، أو من مالي ألف ، وفسّره بدين ، أو وديعة ، أو وصيّة ، فيه، قبل ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يُقبل إقراره ، لأنّ ماله ليس هو لغيره .

ولنــا : أنه أقرّ بألف ، فقبل ، كما لو قال : في مالي ، ويجوز أن يُضيف إليه مالاً بعضُه لغيره ، ويجوز أن يضيف مالَ غيره إليه، لاختصاص له به ، أو يدٍ له عليه، أو ولاية . قال الله تعالى« وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَاماً، وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً»(١) وقال سبحانه في النّساء « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ(٢) » وقال لأزواج رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم : « وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ (٣) » فلا يبطل إقراره مع احتمال صحّته ، وإن قال : أردتُ هبةً قُبل منه. لأنه محتمل، وإن امتنع من تقبيضها لم يُجبر عليه . لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض، وكذلك يخرّج فيما إذا قال : لفلان في داري هذه نصفُها ، أو من داري بعضُها ، وقد نُقل عن أحمد ما يدلّ على روايتين ، قال في رواية مهنا ، فيمن قال : نصف عبدي هذا لفلان ، لم يجز إلاّ أن يقول : قد وهبتُه . وإن قال نصف مالي هــذا لفلان ، لا أعرف هذا .

ونقل ابن منصور : إذا قال : فرسي هذه لفلان ، فإقراره جائز ، فظاهر هذا صحّة الإقرار .

---

(١) الآية ٥ من سورة النساء (٢) بعض الآية الأولى من سورة الطلاق

(٣) بعض الآية ٣٣ من سورة الأحزاب

فإن قال : له فى هذا المال نصفه ، أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح .

وإن قال : له فى هذا المال ألف صحّ .

وإن قال : له فى ميراث أبى ألف فهو إقرار بدَيْنٍ على التركة .

وإن قال : فى ميراثى من أبى ، وقال : أردتُ هِبةً قُبل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلّفه ، فيقتضى وجوب المقرّ به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ماورثته ، وانتقل إلىّ ، فلا يُحمل على الوجوب ، وإذا أضاف إليه منه جزءاً فالظاهرُ أنه جَعل له جزءاً من ماله .

٣٨٠٨ (فصـــل)

وإن قال : له فى هذا العبد شركة صحّ إقراره ، وله تفسيره بأىّ قدر كان منه ، وقال أبو يوسف : يكون مُقِرّاً بنصفه ، لقوله تعالى « فَهُمْ شُرَكاءُ فِى الثُّلُثِ » فاقتضى ذلك التسويةَ بينهم ، كذا ههنا .

ولنـا : أن أىّ جزء كان له منه فله فيه شركة ، فـكان له تفسيره بما شاء ، كالنصف ، وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ، ولا مخالفاً للظاهر ، والآية تثبتُ التسوية فيها ، بدليل ، وكذلك الحـكم إذا قال : هذا العبد شركةٌ بيننا .

٣٨٠٩ (فصل فى الإقرار بالمجهول)

وإذا قال : لفلان علىّ شىء ، أو كذا ، صحّ إقراره ؛ ولزمه تفسيره ، وهذا لا خلاف فيه ، ويفارق الدعوى ، حيث لا تصحّ مجهولةً ، لـكون الدعوى له ، والإقرار عليه ؛ فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ما لَهُ. ولأن المدّعىَ إذا لم يُصحّح دعواه فله داعٍ إلى تحريرها ، والمقرُّ لا داعىَ له إلى التحرير ؛ ولا يُؤمَن رجوعه عن إقراره ؛ فيضيع حقّ المقرّ لهَ فألزمناه إيّاه مع الجهالة . فإن امتنع من تفسيره حُبس حتى يُفسّر ، وقال القاضى : يُجعل ناكلاً ، ويُؤمر المَقرّ له بالبيان ، فإن بيّن شيئاً ، فصدّقه المقرّ ثبت . وإن كذّبه ، وامتنع من البيان قيل له : إن بيّنت ، وإلاّ جعلناك ناكلاً ، وقضينا عليك ، وهذا قول أصحاب الشافعىّ . الا أنّهم قالوا : ان بيّنتَ وإلاّ حلّفنا المقرَّ له على ما يدّعيه ، وأوجبناه عليك . فإن فعل ، وإلاّ أحلفنا المَقرّ له ، وأوجبناه على المقِرّ . ووجه الأول : أنه ممتنع من حقٍّ عليه ، فيُحبس به ، كما لو عيّنه ، وامتنع من أدائه ، ومع ذلك متى عيّنه المدّعى ، وادّعاه ، فنـكل المقر ، فهو على ما ذكروه ، وإن مات مَنْ عليه الحقّ أخذ ورثته بمثل ذلك ، لأنّ الحق ثبت على موروثهم ، فيتعلّق بتركته ، وقد صارت إلى الورثة ، فيلزمهم مالزم موروثهم ، كما لو كان الحقّ مُعيّناً .

وإن لم يُخلّف الميّت تركةً فلا شىء على الورثة ، ومتى فسّر إقراره بما يتموّل فى العادة قُبل تفسيره ، وثبت ، إلاّ أن يكذّبه المُقَرّ له ، ويدعىّ جنساً آخر ، أولا يدّعى شيئاً ، فيبطُل إقراره .

وإن فسّره بما لا يتموّل عادةً ، كقِشْرَةِ جَوْزَةٍ ، أو قِشْرةِ باذِنْجانةٍ لم يُقبل إقراره ، لأنّ إقراره اعتراف بحقّ عليه ثابت في ذمّته ، وهذا لا يثبُت في الذمّة ، وكذلك إن فسّره بما ليس بمال في الشرع ، كالخمر ، والخنزير ، والميتة لم يُقبل .

وإن فسّره بكلب لا يجوز اقتناؤه ، فكذلك .

وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه ، أو جلدِ ميتةٍ غير مدبوغ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقبل . لأنه شيء يجب ردّه عليه ، وتسليمه إليه ، فالإيجاب يتناوله .

والثاني : لا يقبل . لأن الإقرار إخبار عمَّا يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه،وإن فسّره بحبّة حنطة ، أو شعير ، ونحوها لم يُقبل . لأن هذا لا يتموّل عادةً على انفراده ، وإن فسّره بحدّ قذف قُبل . لأنه حقّ يجب عليه ، ويحتمل أن لا يُقبل . لأنه لا يؤول إلى مالٍ ، والأول أصحّ . لأن ما ثبت في الذمَّة صح أن يُقال : هو عليّ .

وإن فسّره بحقّ شُفعة قبل . لأنه حقّ واجب ، ويؤول إلى المال .

وإن فسَّره بردّ السلام أو تشميت العاطس ، ونحوه لم يُقبل . لأنّه يسقُط بفواته ، فلا يثبُت في الذمّة وهذا الإقرار يدلُّ على ثبوت الحقّ في الذمة ، ويحتمل أن يُقبل تفسيره به إذا أراد أن حقًّا عليّ ردّ سلامه، إذاسلّم ، وتشميته إذا عطس ، لما روى في الخبر « لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ ثَلاَثُونَ حَقًّا ، يَرُدُّ سَلاَمَهُ ، وَيُشَمِّتُ عَطْسَتَهُ ، وَيُجِيبُ دَعْوَتَهُ » وذكر الحديث ، وإن قال . غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قُبل . لأنّ اسم الغصب يقع عليه ، وإن قال : غصبته نفسه لم يُقبل . لأنّ الغصب لا يثبُت عليه ، وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعيّ . وحُكي عن أبي حنيفة : أنّه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل ، والموزون ، لأن غيرهما لا يثبُت في الذمّة بنفسه .

ولنا : أنه مملوك يدخل تحت العقد ، فجاز أن يُفسّر به الشيء في الإقرار ، كالمكيل ، والموزون . ولأنه يثبُت في الذمّة في الجملة ، فصحّ التفسير ، كالمكيل ، ولا عبرة بسبب ثبوته في الإقرار به ، والإخبار عنه .

٣٨١٠ (فصـــــل)

وإن أقرّ بمال قبل تفسيره ، بقليل المال ، وكثيره ، وبهذا قال الشافعيّ وقال أبو حنيفة : لا يُقبل تفسيره بغير المال الزّكَوِيّ ، لقول الله تعالى (خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ [(1)]) وقوله (وَفِي أَمْوالِهِمْ حَقٌّ [(2)]) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه :

(١) بعض الآية ١٠٣ من سورة التوبة .

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة المعارج .

أحدها : كقولنا .

والثانى . لا يُقبل إلاّ أول نِصابٍ من نُصُب الزكاة ، من نوع أموالهم .

والثالث . ما يُقطع به السارق ، ويصح مهراً ، لقول الله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ) (١) .

ولنا : أنّ غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقةً وعرفاً ، ويتموّل عادةً ، فيُقبل تفسيره به ، كالذى وافقوا عليه . وأما آيات الزكاة فهى عامة ، دخلها التخصيص ، وقوله تعالى (وَفى أَمْوالِهِمْ حَق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة ، فلا حُجّة لهم فيها ، ثم يردّ قولهم قوله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ) والتزويج جائز بأىّ نوع كان من المال ، وبما دون النِّصاب .

وإن قال : له علىّ مال عظيم ، أو كثير ، أو جليل ، أو خطير ، جاز تفسيره بالقليل ، والكثير ، كما لو قال : مال لم يَزد عليه ، وهذا قول الشافعىّ . وحُكى عن أبى حنيفة ، لا يقبل تفسيره بأقلّ من عشرة دراهم . لأنهُ يُقطع به السارق ، ويكون صَدَاقاً عنده ، وعنه ، لا يقبل بأقلّ من مائتى درهم ، وبه قال صاحباه . لأنه الذى تجب فيه الزكاة ، وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال ، ومنهم من قال . يزيد على ذلك أقلّ زيادةٍ ، ومنهم من قال ، قدر الدية ، وقال الليث بن سعد : اثنان وسبعون . لأن الله تعالى قال (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللهُ فى مَواطِنَ كَثِيرَةٍ) وكانت غزواته وسراياه اثنتين ، وسبعين ، قالوا : ولأنّ الحبة لا تسمّى مالاً عظيما ، ولا كثيراً .

ولنا : أن ما فسّر به المال فسر به العظيم ، كالذى ساووه . ولأن العظيم ، والكثير لا حدّ له فى الشرع ، ولا فى اللغة ، ولا فى العرف ، ويختلف الناسُ فيه ، فمنهم من يستعظم القليل ، ومنهم من يستعظم الكثير ، ومنهم من يحتقر الكثير ، فلم يثبُت فى ذلك حدّ يُرجع إلى تفسيره به . ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم ، كثير ، بالنسبة إلى ما دونه ، ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده ، لفقر نفسه ، ودناءتها ، وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير ، وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه ، وقد قال الله تعالى (اذْكُرُوا اللهَ ذِكْراً كَثِيرًا)(٢) فلم ينصرف إلى ذلك وقال « كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً »(٣) فلم يُحمل على ذلك ، والحكم فيما إذا قال : عظيم جداً ، أو عظيم ، عظيم ، كما لو لم يقله ، لما قررناه .

---

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء وأولها (والمحصنات من النساء) .

(٢) بعض الآية ٤١ من سورة الأحزاب ، وقد وردت فى الأصول ناقصة لفظ (ذكرا) الموضوعة بين قوسين .

(٣) بعض الآية ٢٤٩ من سورة البقرة

٣٨١١ (فصـــــــل)

وإن قال : له على أكثر من مال فلان ، ففسّره بأكثر منه عدداً ، أو قدراً لزمه أكثر منه ، ونفسّر الزيادة بأىّ شيء أراد . ولو حبّة ، أو أقلّ .

وإن قال : ما علمتُ لفلان أكثر من كذا أو كذا ، وقامت البيّنة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به . لأن مبلغ المال حقيقة لا يُعرف فى الأكثر ، وقد يكون ظاهراً ، أو باطناً فيملك ما لا يعرفه المقرّ ، فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه ، إذا ادّعى عليه أكثر منه . وإن فسّره بأقلّ من ماله مع علمه بماله لم يُقبل . وقال أصحابنا : يُقبل تفسيره بالقليل ، والكثير ، وهو مذهب الشافعىّ ، سواء علم مال فلان ، أو جهله ، أو ذكر قدره ، أو لم يذكره ، أو قاله عَقِيبَ الشهادة بقدره ، أولا . لأنه يحتمل أنه أكثرُ منه بقاء ، أو منفعة ، أو بركةً لكونه من الحلال ، أو لأنه فى الذمّة . قال القاضى : ولو قال : لى عليك ألف دينار ، فقال : لك علىّ أكثر من ذلك ، لم يلزمه أكثر منها . لأن لفظة أكثر مبهمةٌ ، لاحتمالها ما ذكرنا ، ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً ، أو حَبّ حنطة ، أو شعير ، أو دُخْن ، فرُجع فى تفسيرها إليه ، وهذا بعيد ، فانّ لفظة أكثر إنّما تُستعمل حقيقةً فى العدد ، أو فى القدر ، وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه ، لا يُفهم فى الاطلاق غير ذلك ، قال الله تعالى (كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ) وأخبر عن الذى قال (أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالاً[1]) (وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوالاً وَأَوْلاداً)[2] والإقرار يُؤخذ فيه بالظاهر ، دون مُطلق الاحتمال ، ولهذا لو أقرّ بدراهم لزمه أقلّ الجمع ، جياداً ، صحاحاً ، وازنةً ، حالّةً .

ولو قال : له علىّ دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ، ولو رجع إلى مُطلق الاحتمال لسقط الإقرار . واحتمال ما ذكروه أبعدُ من هذه الاحتمالات التى لم يقبلوا تفسيره بها ، فلا يُعوّل على هذا .

٣٨١٢ (فصـــــــل)

ولو قال : له علىّ ألف إلا شيئاً قُبل تفسيره بأكثر من خمسمائة ، لأنّ الشىء يحتمل القليل ، والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر ، فتعيّن حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال : إلاّ قليلا ، لأنه مبهم فاشبه قوله إلا شيئاً ، وإن قال : له علىّ معظم ألف ، أو جُلّ[3] ألف ، أو قريب من ألف ، لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادُّعِيتْ عليه .

---

(١) بعض الآية : ٣٤ من سورة الكهف
(٢) بعض الآية . ٣٥ من سورة سبأ
(٣) جل : بضم الجيم معناها معظم وأكثر

٣٨١٣ (فصـــــل)

وإن قال : له عليّ كذا ففيه ثلاث مسائل:

إحداها : أن يقول : كذا ، بغير تـكرير ، ولا عطف .

الثانية : أن يكرّر بغير عطف .

الثالثة : أن يعطف ، فيقول ، كذا ، وكذا .

فأما الأولى : فإذا قال : له كذا درهم ، لم يخلُ من أربعة أحوال .

أحدها : أن يقول : له عليّ كذا درهمٌ بالرفع ، فيـلزمه درهم . وتقديره شيء هو درهم ، فجعل الدرهم بدلاً من كذا.

الثاني : أن يقول : درهمٍ بالجرّ ، فيلزمه جُزء درهم ، يُرجع في تفسيره إليه ، والتقدير جزء درهم ، أو بعض درهم . ويكون كذا كناية عنه .

الثالث : أن يقول . درهماً بالنصب ، فيلزمه درهم ، ويكون منصوباً على التفسير . وهو التمييز . وقال بعض النحويين : هو منصوب على القطع ، كأنّه قطع ما ابتدأ به ، وأقر بدرهم، وهذا على قول نُحاة الـكوفة

الرابع : أن يذكره بالوقف ، فيُقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً . لأنّه لا يجوز أن يكون أسقط حركةَ الجرّ ، للوقف . وهذا مذهبُ الشافعيّ : وقال القاضي : يلزمه درهم في الحالات كلّها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ .

ولنا : أن كذا اسم مبهم ، فصحّ تفسيره بجزء درهم في حال الجرّ ، والوقف .

المسألة الثانية : إذا قال : كذا ، كذا بغير عطف ، فالحـكم فيها كالحـكم في كذا بغير تـكرار ، سواء لا يتغير الحـكم ، ولا يقتضي تـكريره الزيادة ، كأنه قال : شيء شيء ، ولأنه إذا قاله بالجرّ احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ، ثم أضاف الجزء الآخَر إلى الدرهم ، فقال : نصفُ تُسع درهم ، وهكذا لو قال : كذا ، كذا ، كذا ، لأنه يحتمل أن يُريد ثلث خمس سبع درهم ، ونحوه .

المسألة الثالثة : إذا عطف ، فقال : كذا ، وكذا ، درهمٌ بالرفع ، لزمه درهمٌ واحد . لأنه ذكر شيئين ، ثم أبدل منهما درهما ، فصار كأنه قال : هما درهمٌ . وإن قال: درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : درهم واحد . وهو قول أبي عبد الله بن حامد ، والقاضي . لأن كذا يحتمل أقلّ من درهم ، فإذا عَطف عليه مثلَه ، ثم فسَّرهما بدرهم واحد ، جاز ، وكان كلاماً صحيحاً ، وهذا يُحـكى قولا للشافعيّ .

والوجه الثاني : يلزمه درهمان . وهو اختيار أبي الحسن التميميّ . لأنه ذكر جملتين . فإذا فسّر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كلّ واحدة منهما ، كقوله . عشرون درهما ، يعود التفسير إلى العشرين ، وكذا ههنا . وهذا يُحـكى قولا ثانياً للشافعيّ .

والوجه الثالث : يلزمه أكثر من درهم . ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التى تليه ، فيلزمه بها درهم ، والأولى باقية على إبهامها ، فيرجع فى تفسيرها إليه . وهذا يُشبه مذهب التميمىّ .

وقال محمد بن الحسن : إذا قال : كذا درهماً لزمه عشرون درهماً .لأنه أقلُّ عدد يفسّر بالواحد المنصوب

وإن قال كذا ، كذا درهماً لزمه أحد عشر درهما . لأنه أقلّ عدد مركّب يفسّر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا ، وكذا درهما لزمه أحدٌ وعشرون . لأنه أقلّ عدد عُطِف بعضه على بعض ، يفسّر بذلك ، وإن قال كذا درهمٍ بالجرّ لزمه مائةُ درهم .لأنه أقلّ عدد يُضاف إلى الواحد ، وحُكى عن أبى يوسف أنّه إذا[1] قال كذا ، كذا ، أو كذا وكذا ، يلزمه بهما أحدَ عشر درهما .

ولنا : أنه يحتمل ما قلنا ، ويحتمل ماقالوه ، فوجب المصير إلى ماقلنا . لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يجب بالشكّ ، كما لو قال : له علىّ دراهم ، لم يلزمه إلا أقلّ الجمع ، ولا يلزم كثرة الاستعمال ، فإنّ اللفظ إذا كان حقيقةً فى الأمرين جاز التفسير بكلّ واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً لأكثر من المكرّر . فإنه يجبُ بالمفرد عشرون ، وبالمركّب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مُفرداً متناولاً لعدد صحيح ، يلزم به أكثرُ مما يلزم بمكرره .

٣٨١٤ (فصـــــل)

ولو قال : غصبتك ، أو غبَنتك لم يلزمه شىء . لأنه قد يغصبه نفسَه ، ويغبنُه فى غير المال ، وإن قال : غصبتُك شيئاً ، وفسّره بغصب نفسه ، لم يُقبل . لأنه جعل له مفعولين . فجعله المفعول الأول وشيئاً المفعول الثانى ، ويجب أن يكون الثانى غير الأول ، وإن فسّره بمال قُبل وإن قلّ .

وإن فسّره بكلب ، أو جِلدِ مَيْتةٍ ، أو سِرْجين يُنتفع به قُبِل ، لأنه قد يقهره ، فيأخذه منه .

وان فسّره بما لا نفع فيه ، أو بما لا يباح الانتفاع به لم يُقبل . لأن أخذ ذلك ليس بغَصْب

٣٨١٥ (فصـــل)

وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهـــول . لأنّ الإقرار به صحيح . وما كان صحيحاً فى نفسه صحّت الشهادة به ، كالمعلوم .

٣٨١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال : له عندى رهن . فقال المالك : وديعةٌ . كان القول قول المالك ﴾

إنما قدم قول المالك . لأن العين ثبتت له بالإقرار . وادّعى المقرّ ديناً لا يُعترف له به . والقولُ قولُ المنكِر . ولأنه أقرّ بمالٍ لغيره . وادّعى أنّ له به تعلّقاً . فلم يُقبل . كما لو ادّعاه بكلام مُنفصل .

(١) لفظ (إذا) ساقط من جميع النسخ ، ولا بد منه لصحة الأسلوب

وكذلك لو أقرّ له بدار . وقال : استأجرتُها . أو بثوب ، وادّعى أنه قَصّره . أو خاطه بأجر ، يلزم المُقَرّ له ، لم يُقبل . لأنّه مدّعٍ على غيره حقًّا فلا يُقبل قوله إلا ببيّنة . وكذلك لو قال : هذه الدار له . ولى سكناها سنةً .

٣٨١٧ (فصـــــل)

وإن قال : لك علىّ ألف من ثمن مبيع . لم أقبضه . فقال المدّعَى عليه : بل لى عليك ألف . ولا شىء لك عندى . فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

أحدهما : القول قول المقَرّ له . لأنه اعترف له بالألف . وادّعى عليه مبيعاً . فأشبه ما إذا قال : هذا رهن . فقال المالك : وديعةٌ أو له علىّ ألف . ولى عنده مبيع . لم أقبضه .

والثانى : القولُ قولُ المقرّ . قال القاضى : وهو قياس المذهب . وهو قول الشافعىّ . وأبى يوسف . لأنه أقرّ بحقٍ فى مُقابلةِ حقٍ له . ولا ينفكُّ أحدهما عن الآخَر . فإذا لم يُسَلِّم له مالهُ لم يَسْلَم للمقَرّ له ما عليه ، كما لو قال لرجل : بعتُك هذا العبد بألف . قال : بل مَلَّكتنيه بغير شىء . وفارق ما لو قال له : عندى رهن . فقال المالك : بل وديعةٌ . لأن الدَّيْن ينفكُّ عن الرهن . ولو قال السيِّد لعبده : بعتُك نَفْسكَ بألف . فأنكر العبدُ عَتقَ . ولا شىء للمقرّ . لأنّ العِتق ينفكُّ عن الثمن . ولا فرق بين أن يقول : لم أقبضه . منفصلاً . أو متّصِلاً . فلو قال : له علىّ ألف من ثمن مبيعٍ ثم سكت . ثم قال : لم أقبضه ، فيقبل قوله . كما لو كان متّصلا . لأن إقراره تعلّق بالمبيع . والأصل عدم القبض . فقبل قوله فيه . فأمّا إن قال : علىّ ألف . ثم سكت ، ثم قال : من ثمن مبيع . لم يقبل . لأنه فسّرَ إقراره بما يُسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل . فلم يقبل . كما لم يقبل لو قال :له علىّ ألف . ثم سكت . ثم قال : مؤجّل .

٣٨١٨ (فصـــل)

وإذا قال : بعتك جاريتى هـذه . قال : بل زَوّجتنيها فلا يخلو . إمّا أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن . أو بعده ، وقبل الاستيلاد . أو بعده . فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقرّ بها لمدّعى الزوجيّة ، لأنه يدّعى عليه شيئاً . والزوج يُنكر أنها ملكه . ويدّعى حلّها له بالزوجية . فيثبُت الحلّ لاتفاقهما عليه . ولا تردّ إلى البائع . لاتفاقهما على أنه لا يستحقّ أخذها . وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد . فالبائع يُقرّ أنها صارت أمّ ولد . وولدها حرّ . وأنه لا مَهْرَ له . ويدّعى الثمن ، والمشترى يُنكر ذلك كلّه ، فيحكم بحرّية الولد . لإقرار من يُنسب إليه ملكه بحرّيته ، ولا ولاء عليه . لاعترافه بأنّه حرّ الأصل ، ولا تردّ الأمة إلى البائع . لإقراره بأنّها أمّ ولدٍ ، ولا يجوز نقل الملك فيها . ويحلف المشترى : أنّه ما اشتراها ، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر ، فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه . وإن اختلفا فى

سببه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ . وقال بعضهم : يتحالفان . ولا يجب مهر ، ولا ثمن ، وهو قول القاضى ، إلاّ أنه لا يجعل على البائع يميناً . لأنه لا يرى اليمين فى إنكار النكاح . ونفقة الولد على أبيه . لأنه حرّ . ونفقة الأمة على زوجها ، لأنه إمَّا زوج . وإما سيِّد . وكلاهما سبب لوجوب النفقة . وقال القاضى : نفقتها فى كسبها . فإن كان فيه فضل فهى موقوفة . لأننا لا أزلنا عنها ملك السيِّد . وأثبتنا لها حكم الاستيلاد ، فإن ماتت . وتركت مالاً . فللبائع قدرُ ثمنها . لأنه إمَّا أن يكون صادقاً فهو يستحقّ على المشترى ثمنها . وتركتها المشترى . والمشـــترى مُقرّ للبائع بها . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وإن كان كاذباً فهى ملـكه . وتركتها كلّها له . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وبقيّته موقوفة . وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرّةً فميراثها لولدها . وورثتها فإن لم يكن لها وارث . فميراثها موقوف . لأنّ أحداً لا يدّعيه . وليس للسيِّد أن يأخذ منه قدر الثمن . لأنه يدّعى الثمن على الواطىء ، وليس ميراثها له . لأنه قد مات قبلها . وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندى أنَّها تُقرّ فى يد الزوج . لاتفاقهما على حلِّها له ، واستحقاقه إمساكها ، وإنَّما اختلفا فى السبب ، ولا تردّ الى السيد لاتّفاقهما على تحريمها عليه . وللبائع أقلّ الأمرين من الثمن ، أو المهر ، لاتفاقهما على استحقاقه لذلك ، والأمر فى الباطن على ذلك ، فإن الســيِّد ان كان صادقاً فالأمَةُ حلال لزوجها بالبيع ، وإن كان كاذباً فهى حلال له بالزوجيّة ، والقدر الذى اتفقا عليه ان كان السيِّد صادقاً فهو يســتحقّه ثمناً ، وان كان كاذباً فهو يستحقّه مهراً . وقال القاضى : يحلف الزوج : أنه ما اشتراها . لأنه مُنكر ، ويسقط عنه الثمن ، ولا يحتاج الســيِّد الى اليمين على نفى الزوجية ، لأنه لا يُستحلف فيه . وعند الشافعىّ يتحالفان معاً ، ويسقط الثمن عن الزوج . لأن عقـد البيع ما ثبت ، ولا يجب المهر . لأن الســيّد لا يدّعيه ، وتردّ الجارية الى سيّدها ، وفى كيفية رجوعها وجهان :

أحدهما : ترجع اليه ، فيملـكها ظاهراً ، وباطناً ، كما يرجع البائع فى السلعة عند فلس المشترى بالثمن ، لأن الثمن ههنا قد تعذّر ، فيحتاج السيِّد أن يقول : فسختُ البيع ، وتعودُ اليه مِلـكا .

والثانى : ترجع إليه فى الظاهر دون الباطن . لأن المشترىَ امتنع من أداء الثمن مع إمكانه ، فعلى هذا يبيعها الحاكم ، ويوفّيه ثمنهـا . فإن كان وَفْق حقّـه فحســن ، وإن كان دونه أخـذه . وإن زاد فالزيادة لا يدّعيها أحد . لأن المشترىَ يُقرّ بها للبائع . والبائع لا يدّعى أكثر من الثمن الأول . فهل تُقرّ فى يد المشترى ، أو ترجع الى بيت المـال ؟ يحتمـل وجهين ، فإن رجع البائع ، وقال : صدَق خصمى ، ما بعتُـه إيَّاها ، بل زوّجته لم يُقبل فى إسقاط حرِّية الولد ، ولا فى استرجاعها ، إن صارت أمّ ولد ، وقبل فى إسقاط الثمن ، واستحقاق المهر ، وأخذ زيادة الثمن ، واســتحقاق ميراثها ، وميراث ولدها ، وإن رجع الزوج ثبتت الحرِّية ، ووجب عليه الثمن.

٣٨١٩ (فصــــل)

ولو أقرّ رجل بحرّية عبد ، ثم اشتراه ، أو شهد رجلان بحرّية عبد لغيرهما ، فردّت شهادتهما ، ثم اشتراه أحــدهما من سيّده عتق في الحال ، لاعترافه بأن الذي اشتراه حرّ ، ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه محـكوم له برقّه ، وفي حق المشترى استنقاذاً ، واستخلاصاً ، فإذا صار في يديه حكم بحرّيته ، لإقراره السابق ، ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلّق امرأته ثلاثاً فردّ الحاكم شهادتهما ، فدفعا إلى الزوج عِوَضاً ليخلعها صحّ ، وكان في حقّه خُلعاً صحيحاً ، وفي حقّها استخلاصاً ، ويكون ولاؤه موقوفاً ، لأن أحداً لا يدّعيه ، فإنّ البائع يقول : ما أعتقته ، والمشترى يقول : ما أعتقه إلا البائع ، وأنا استخلصته ، فإن مات ، وخلّف مالاً ، فرجع أحدُهما عن قوله ، فالمال له ، لأنّ أحداً لا يدّعيه ، لأنّ الراجع إن كان البائع فقال : صدق المشترى ، كنتُ أعتقته ، فالولاء له ، ويلزمه ردّ الثمن إلى المشترى ، لإقراره ببطلان البيع ، وإن كان الراجع المشترى قُبِل في المال لأنّ أحداً لا يدّعيه سواه ، ولا يُقبل قوله في نفي الحرّية ، لأنّها حقّ لغيره ، وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه ، لأنه لأحدهما ، ولا يعرف عينه ، ويحتمل أن من هو في يده يحلف ، ويأخذه ، لأنه مُنكِر ، وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان :

أحدهما : يُقَرّ في يد من هو في يده ، فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال ، لأن أحداً لا يدّعيه ، ويحتمل أن يكون لبيت المال على كلّ حالٍ لذلك .

٣٨٢٠ (فصــــل)

ولو أقرّ لرجل بعبد ، أو غيره ، ثم جاءه به ، وقال : هذا الذي أقررتُ لك به ، قال : بل هو غيره ، لم يلزمه تسليمه إلى المقَرّ له ، لأنه لا يدّعيه ، ويحلف المقرّ : أنّه ليس له عنده عبد سواه ، فإن رجع المقَرّ له ، فادّعاه لزمه دفعه إليه ، لأنه لا مُنازع له فيه ، وإن قال المُقَرّ له صدقت ، هــذا لي ، والذي أقررتَ به آخَرُ لي عندك ، لزمه تسليم هذا ، ويحلف على نفي الآخر .

٣٨٢١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو مات ، فخلّف ولدين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، أو أخت لزمه أن يُعطى الفضل الذي في يديه لمن أقرّ له به ﴾

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقرّ بوارث ثالث ، مشارك لهما في الميراث ، لم يثبُت النسب بالإجماع ، لأنّ النسب لا يتبعّض ، فلا يمكن إثباته في حقّ المقرّ ، دون المنكر ، ولا يمكن إثباته في حقّهما ، لأنّ أحدهما منكر ، ولم توجد شهادة يثبُت بها النسب ، ولكنّه يُشارك المقرّ في الميراث ، في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشافعيُّ : لا يشاركه ، وحُكي ذلك عن ابن سيرين ، وقال إبراهيم : ليس بشيء ، حتّى

يُقرُّوا جميعاً ، لأنه لم يثبت نسبه ، فلا يرث ، كما لو أقرَّ بنسب معروف النسب .

ولنا : أنه أقرَّ بسبب مال لم يُحكم ببطلانه ، فلزمه المال ، كما لو أقرَّ ببيع ، أو أقرَّ بدين فأنكر الآخر ، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب ، فإنه محكوم ببطلانه ، ولأنه يُقرُّ له بمال يدَّعيه المُقرُّ له ، ويجوز أن يكون له، فوجب الحكم له به، كما لو أقرَّ بدين على أبيه، أو أقرَّ له بوصيَّة ، فأنكر سائر الورثة.

إذا ثبت هذا : فإنَّ الواجب له فضل ما فى يد المقرِّ عن ميراثه ، وبهذا قال ابن أبى ليلى ، ومالك ، والثوريُّ ، والحسن بن صالح ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إذا كان اثنان ، فأقرَّ أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما فى يده ، وإن أقرَّ بأخت لزمه ثلث ما فى يده ، لأنه أخذ مالا يستحقه من التركة ، فصار كالغاصب ، فيكون الباقى بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبيٌّ ، ولأن الميراث يتعلَّق ببعض التركة ، كما يتعلَّق بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غُصب تعلَّق الحقُّ بباقيها والذى فى يد المنكر كالمغصوب ، فيقتسمان الباقىَ ، بالسويَّة ، كما لو غصبه أجنبىّ .

ولنا : أن التركة بينهم أثلاثاً ، فلا يستحقّ ممَّا فى يده إلا الثلث، كما لو ثبت نسبه ببيِّنة ، ولأنه إقرار بحقّ يتعلَّق بحصَّته وحصَّة أخيه، فلا يلزمه أكثر مما يخصُّه ، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبيٌّ ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصَّته لم تقبل شهادته ، لكونه يجرُّ بها نفعاً ، لكونه يُسقط عن نفسه بعض ما يستحقّه عليه ، ولأنه حقّ لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصّته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصيّة ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة ، وهما اثنان ، لأنّ كل واحد منهما يستحقُّ النصف من كلِّ جزء من التركة ، وههنا يستحقُّ الثلث من كلِّ جزء من التركة ، ولأصحاب الشافعىّ فيما إذا كان المقرّ صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى: هل يلزمه أن يدفع إلى المقرّ له نصيبه ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه ، وهو الأصحّ ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما فى يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

٣٨٢٢ (فصــل)

وإن أقرّ جميع الورثة بنسب من يشاركهم فى الميراث ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً ، أو جماعة ، ذكراً أو أنثى ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، وحكاه عن أبى حنيفة ، لأنّ الوارث يقوم مقام الميت فى ميراثه ، وديونه ، والديون التى عليه ، وبيّناته ، ودعاويه ، والأيمان التى له ، وعليه ، وكذلك فى النسب ، وقد روت عائشة : أنّ سعد بن أبى وقّاص اختصم هو ، وعبد بن زَمْعَة فى ابن أمَةِ زَمْعَةَ ، فقال سعد : أوصانى أخى عُتْبةُ إذا قَدِمْتُ مكةَ أن أنظر إلى ابن أمَةِ زَمْعَة ، وأقبِضَهُ ، فانه ابنُه ، فقال عبد بن زَمْعَة : أخى ، وابن وَليدةِ أبى ، وُلِدَ على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ

يَا عَبْدَ بنَ زَمْعَةَ ، وَلِلْعَاهِرُ الْحَجَرُ » فقضى به لعبد بن زَمْعَةَ ، وقال « احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ » والمشهور عن أبي حنيفة : أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وقال مالك : لا يثبُت إلا بإقرار اثنين ، لأنه يُحمل النسب على غيره ، فاعتُبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حقّ يثبت بالإقرار ، فلم يعتبر فيه العدد ، كالدين ، ولأنه قول لا تُعتبر فيه العدالة ، فلم يُعتبر العدد فيه ، كإقرار الموروث ، واعتباره بالشهادة ، لا يصحّ ، لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ، ولا العدالة ، ويبطل بالإقرار بالدين .

٣٨٢٣ (فصل في شروط الإقرار بالنسب)

لا يخلو : إمّا أن يقرّ على نفسه خاصّةً ، أو عليه ، وعلى غيره ، فإن أقرّ على نفسه ، مثل أن يقرّ بولدٍ اعتبر في ثبوت نسبه أربعةُ شروط .

أحدها : أن يكون المقرّ به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصحّ ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبيّ صلّى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه ، أو تَوَلّى غيرَ مواليه .

الثـاني : أن لا يُنازعه فيه مُنازع ، لأنّه إذا نازعه فيه غيره تعارضا ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

الثالث : أن يمكن صدقه ، بأن يكون المقرّ به يحتمل أن يُولَد لمثله .

الرابع : أن يكون ممّن لا قول له ، كالصغير ، والمجنون ، أو يصدّق المقرّ إن كان ذا قول ، وهو المكلّف ، فإن كان غير مكلّف لم يُعتبر تصديقه ، فإن كبر ، وعقَل ، فأنكر لم يُسمع إنكاره ، لأن نسبه ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادّعى ملك عبد صغير في يده ، وثبت بذلك ملكه ، فلمّا كبر جَحَدَ ذلك ، ولو طلب إحلافه على ذلك لم يُستحلف ، لأنّ الأبَ لو عاد فجحَد النسب لم يُقبل منه ، وإن اعترف إنسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فأما إن كان إقراراً عليه ، وعلى غيره ، كإقرار بأخ ، اعتُبر فيه الشروط الأربعة ، وشرط خامس ، وهو كون المقرّ جميع الورثة ، فإن كان المقرّ زوجاً ، أو زوجةً لاوارث معهما ، لم يثبت النسب بإقرارهما ، لأنّ المقرّ لا يرث المال كلّه ، وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب ، لأنه قائم مقام المسلمين ، في مشاركة الوارث ، وأخذ الباقي ، وإن كان الوارث بنتاً ، أو أختاً ، أو أمّاً ، أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض ، والردّ ثبت النسبُ بقوله ، كالابن ، لأنه يرث المال كلّه ، وعند الشافعيّ : لا يثبُت بقوله النسبُ ، لأنه لا يرى الردّ ، ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافقه الإمام في الإقرار وجهان ، وهذا من فروع الردّ ، ويذكر في موضعه وإن كانت بنت ، وأخت ، أو أخت ، وزوج ، ثبت النسب بقولها ، لأنهما يأخذان المال كله ، وإذا أقرّ بابن ابنه ، وابنه ميّت اعتُبر فيه الشروط التي تُعتبر في الإقرار بالأخ ، وكذلك إن أقرّ بعمٍّ ، وهو ابن جدّه ، فعلى ما ذكرناه .

٣٨٢٤ (فصـــل)

وإن كان أحد الوالدين غير وارث ، لكونه رقيقاً ، أو مخالفاً لدين موروثه ، أو قاتلاً ، فلا عبرة به ، وثبت النسب بقول الآخر وحده ، لأنه يحوز جميع الميراث ، ثمّ إن كان المقرّ به يرث شارك المقرّ فى الميراث ، وإن كان غير وارث ، لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ، ولم يرث ، وسواء كان المقرّ مُسلماً أو كافراً .

٣٨٢٥ (فصـــل)

وإن كان أحد الوارثين غير مكلف ، كالصبيّ والمجنون ، فأقرّ المكلف بأخ ثالث ، لم يثبت النسب بإقراره ، لأنه لا يحوز الميراث كلّه ، فإن بلغ الصبيّ ، أو أفاق المجنون ، فأقرا به أيضاً ثبت نسبه ، لاتفاق جميع الورثة عليه ، وإن أنكر لم يثبُت النسب ، وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلّفين ثبت نسب المقرّ به ، لأنه وجد الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقرّ به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين ، فأقرّ به أحدهما ، وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر ، وورثه المقرّ ثبت نسب المقرّ به ، لأن المقرّ به صار جميع الورثة ، فأشبه ما لو أقرّ به ابتداء بعد موت أخيه ، وكما لو كان شريكه فى الميراث غير مكلف ، وفيه وجه آخر : أنه لا يثبُت النسب ، لأنه أنكره بعض الورثة ، فلم يثبت نسبه ، كما لو لم يمت ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلّف ، فإنه لم يُنكره وارث ، وهذا فيما إذا كان المقرّ يحوز جميع الميراث بعد الميت ، فإن كان الميّت وارث سواه ، أو مَنْ يشاركه فى الميراث ، لم يثبُت النسب بقول الباقى منهما ، وجهاً واحداً لأنه ليس كلّ الورثة ، ويقوم وارث الميّت الثانى مقامه ، فإذا وافق المقرّ فى إقراره ثبت النسب ، وإن خالفه لم يثبت ، كالموروث ، وإن خلّف ولدين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، وأنكره الآخر ، ثم مات المنكر ، وخلّف ابناً ، فأقرّ بالذى أنكره أبوه ، ثبت نسبه ، لإقرار جميع الورثة به ، ويحتمل أن لا يثبت لإنكار الميّت له .

٣٨٢٦ (فصـــل)

وإذا أقرّ الوارث بمن يحجبه ، كأخ أقرّ بابن الميت ، وأخ من أب أقرّ بأخ من أبوين ، وابن ابن أقرّ بابن للميّت ثبت نسب المقرّ به ، وورث ، وسقط المقرّ ، وهذا اختيار ابن حامد ، والقاضى ، وقول أبى العباس ابن سُرَيْج ، وقال أكثر أصحاب الشافعيّ : يثبُت نسب المقرّ به ، ولا يرث ، لأن توريثه يفضى إلى إسقاط توريثه ، فسقط بيانه أنّه لو ورث لخرج المقرّ به ، عن كونه وارثاً ، فيبطل اقراره ، ويسقط نسب المقرّ به ، وتوريثه ، فيؤدّى توريثه إلى إسقاط نسبه ، وتوريثه ، فأثبتنا النسب دون الميراث .

ولنا : أنه ابن ثابت النسب ، لم يوجد فى حقّه أحد موانع الإرث ، فيدخل فى عموم قوله تعالى (يُوصِيكُم

اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ) أى فيرث ، كما لو ثبت نسبه ببيّنة ، ولأنّ ثبوت النسب سبب للميراث ، فلا يجوز قطع حكمه عنه ، ولا يورث محجوب به مع وجوده ، وسلامته من الموانع ، وما احتجّوا به لا يصحّ ، لأننا إنما نعتبر كون المقرّ وارثاً على تقدير عدم المقر به ، وخروجُه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحّته ، بدليل أن الابن إذا أقرّ بأخ فإنّه يرث ، مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة ، فإن قيل : إنّما يُقبل إقراره إذا صدّقه المقرّ به ، فصار إقراراً من جميع الورثة ، وإن كان المقرُّ به طفلاً ، أو مجنوناً لم يُعتبر قولُه ، فقد أقرّ كلّ من يعتبر قوله . قلنا : ومثلُه ههنا ، فإنّه إن كان المقرُّ به كبيراً فلا بدّ من تصديقه ، فقد أقرّ به كلُّ من يُعتبر إقراره ، وإن كان صغيراً غير مُعتبرِ القولِ لم يثبُت النسب بقولِ الآخر ، كما لو كانا ابنين : أحدُهما صغير ، فأقرَّ البالغ بأخٍ لم يُقبل ، ولم يقولوا : إنّه لا نُعتبر موافقته ، كذا ههنا ، ولأنّه لو كان فى يد إنسان عبد محكوم له بملكه ، فأقرّ به لغيره ثبت للمقَرّ له ، وإن كان المقرّ يخرج بالإقرار عن كونه مالكا ، كهذا ههنا .

٣٨٢٧ (فصــــــل)

فإن خلف ابناً ، فأقرّ بأخٍ ثبت نسبه ، ثمّ إن أقرّ بثالث ثبت نسبه أيضاً ، لأنّه إقرار من جميع الورثة فإن قال الثالث : الثانى ليس بأخ لنا ، فقال القاضى : يسقط نسب الثانى ، لأنّ الثالث وارث مُنكِر لنسب الثانى ، فأشبه مالو كان نسبه ثابتاً قبل الثانى ، وفيه وجه آخر : لا يسقط نسبه ، ولا ميراثه ، لأنّ نسبه ثبت بقول الأول ، وثبت ميراثه ، فلا يسقط بعد ثبوته ، ولأنه أقرّ مَنْ هو كلّ الورثة حين الإقرار ، وثبت ميراثه ، فلا يسقُط بعد ثبوته ، ولأنّ الثانىَ لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه ، وإنّما ثبت نسبه بإقراره، فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبُت نسبه بقوله ، كالأول ، ولأنّ ذلك يؤدّى إلى إسقاط الأصل بالفرع الذى يثبُت به .

٣٨٢٨ (فصــل)

وإن أقرّ الابن بأخوين دفعةً واحدةً ، فصدّق كلُّ واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما ، وإن تكاذبا ففيهما وجهان :

أحدهما : لا يثبت نسبهما . وهو مذهب الشافعىّ . لأن كلّ واحد منهما لم يقرّ به كلُّ الورثة .
والثانى : يثبت نسبهما . لأنّ كلّ واحد منهما وُجِدَ الإقرارُ به من ثابت النسب هو كلّ الورثة حين الإقرار . فلم يُعتبر موافقة غيره . كما لو كانا صغيرين . فإن كان أحدهما يُصدّق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتّفق عليه منهما . وفى الآخر وجهان .

وإن كانا توأمين ثبت نسبهما . ولم يُلتفَت إلى إنكار المنكر منهما . سواء تجاحدا معاً ، أو جحد أحدهما صاحبه . لأننا نعلم كذبهما . فإنّهما لا يفترقان .

ولو أقرّ الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر . لأنهما لا يفترقان في النسب . وان أقرّ بنسب صغيرين دفعةً واحدةً ثبت نسبهما . على الوجه الذى يثبُت فيه نسب الكبيرَين المتجاحدَين . وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ يحتمل أن يثبت . لأنه أقرّ به كلُّ الورثة حين الإقرار . ولم يجحده أحد . فأشبه مالو انفرد . ويحتمل ألاّ يثبت . لأنّ أحدهما وارث . ولم يقرّ بصاحبه . فلم يجتمع كلّ الورثة على الإقرار به . وَيَدْفعُ المقرُّ إلى كلّ واحد منهما ثُلثَ الميراث . سواء قلنا بثبوت النسب ، أو لم نقل . لأنه مُقرّ به .

٣٨٢٩ (فصـــل)

إذا خلّف امرأةً . وأخاً . فأقرّت المرأة بابنٍ للميِّت . وأنكر الأخ لم يثبُت نسبه ، ودَفعت إليه ثمن الميراث . وهو الفضلة التى فى يد الزوجة عن ميراثها . وإن أقرّ بهِ الأخ وحده لم يثبت نسبه . ودَفع إليه جميع مافى يده . وهو ثلاثة أرباع المال . فإن خلّف اثنين . فأقرّ أحدهما بامرأة لأبيه . وأنكر الآخر . لم تثبت الزوجيّة . ويدفع إليها ثمن نصف الميراث . ولأصحاب الشافعىّ فى هذه المسألة كقولنا . لأن الزوجيّة زالت بالموت . وإنّما المقَرّ به حقُّها من الميراث . ولهم وجه آخر : لا شىء لها . وإن كان للميِّت امرأة أخرى فلا شىء للمقَرّ لها . لأن الفضل الذى تستحقّه فى يد غير المقِرّ .

وكذلك ما كان مثل هذا . مثلُ أن يخلّف أخاً من أب . وأخاً من أمّ . فيقرّ الأخ من الأمّ بأخٍ للميِّت . فلا شىء للمقَرّ به . سواء أقر بأخ من أبوين . أو من أب . أو من أمّ . لأن ميراثه فى يد غير المقِرّ . وإن أقرّ بأخوين من أمّ دفع إليهما ثلث ما فى يده . لأنه يُقرّ أنّهم شركاء فى الثلث . لكلّ واحد منهما تُسعٌ . وفى يده سدُس . وهو تُسعٌ ونصفُ تُسعٍ . فيفضُل فى يده نصفُ تُسعٍ . وهو ثلث ما فى يده .

٣٨٣٠ (فصـــل)

وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسبِ مشاركٍ لهم فى الميراث . ثبت نسبه إذا لم يكونا متّهمين . وكذلك ان شهدا على إقرار الميّت بهِ . وإن كانا متّهمين . كأخوين من أمّ يشهدان بأخٍ من أبوين . فى مسألةٍ فيها زوج . وأختان من أبوين . لم تُقبل شهادتهما . لأنّ ثبوت نسبه يُسْقط العَوْلَ . فيتوفّر عليهما الثلُث .

وكذلك لو شهد بأخٍ من أبٍ . فى مسألة معهما أمّ . وأخت من أبوين . وأختٌ من أبٍ لم تُقبل

شهادتهما . لأن ثبوت نسبه يُسْقط أختَه . فيـذهبُ العَوْلُ من المسألة . فإن لم يكونا وارثين . أو لم يكن للميّت تركة قُبلت شهادتهما . وثبت النسبُ : لعدم التهمة .

٣٨٣١ (فصــــل)

وان أقرّ رجلان عدلان بنسبٍ مشاركٍ لهما فى الميراث . وثَمّ وارثٌ غيرُهما لم يثبُت النسب . إلاّ أن يشهدا به . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبوحنيفة : يثبُت لأنهما بيِّنة .

ولنـا : أنه إقرار من بعض الورثة . فلم يثبُت به النسب . كالواحد . وفارق الشهادة . لأنه تُعتـبر فيها العدالة . والذكوريّة . والإقرارُ بخلافه .

٣٨٣٢ (فصــــل)

إذا أقرّ بنسب ميّت صـغير . أو مجنون . ثبت نسبه . وَورِثَهُ . وبهذا قال الشافعىّ . ويحتمـــل أن يثبت نسبه دون ميراثه . لأنّه متّهم فى قَصْد أخذ ميراثه . وقال أبوحنيفة : لا يثبُت نسبه . ولا إرثُهُ لذلك .

ولنـا : أن علّة ثبوت نسبه فى حياته الإقرارُ به . وهو موجود بعد الموت . فيثبُت به . كحالة الحيـاة . وما ذكروه يُبطِل ما إذا كان المقرّ به حيًّا . مُوسِراً ، أو المقرّ فقيراً . فإنه يثبُت نسبهُ . ويملك المقِـــرّ التصرُّف فى ماله . وإنفاقه منه على نفسه . وان كان المقِرُّ به كبيرًا عاقلاً . فـكذلك فى قول القاضى . وظاهِر مذهب الشافعىّ . لأنه لا قولَ له ، أشـبه الصغير ، وفيـه وجه آخر : أنّه لا يثبُت نســبه . لأن نسب المـكلّف لا يثبُت الا بتصديقهِ . ولم يوجد . ويُجاب عن هذا بأنه غير مكلّف .

فإن ادَّعى نسب المـكلّف فى حياته . فلم يصدّقه حتّى مات المقرّ . ثم صدَّقه ثبت نســبِهِ . لأنَّه وُجد الإقرار . والتصديق من المقِرّ بِهِ . فأشبه ما لو صدَّقهُ فى حياتِهِ .

وقال أبو الخطَّاب : واذا أقرّ رجل بزوجيّة امرأة . أو أقرّت أن فلاناً زوجُها . فلم يصدّقه المقرّ بِهِ إلا بعد موتهِ ، ورثه . لأنهُ وُجد الإقرار . والتصديق معاً .

٣٨٣٣ (فصــــل)

وإذا خلّف رجل وامرأةً . وابناً من غيرها . فأقرّ الابن بأخٍ له . لم يثبُت نسبهُ . لأنّه لم يقرّ به كلُّ الورثة . وهل يتوارثان ؟ فيه وجهان :

أحدهما . يتوارثان . لأنَّ كلّ واحد منهما يُقِرّ أنه لا وارث له سوى صاحبه . ولا مُنازع لهما .

والثـانى : لا يتوارثان . لأن النسب بينهما يثبُت. لمّـا كان لـكلّ واحد منهما وارث غيرُ صاحبـه لم يرثه . لأنه مُنازع فى الميراث . ولم يثبُت نسبه .

٣٨٣٤ (فصــــل)

وإذا ثبت النسبُ بالإقرار ، ثم أنكر المقرّ ، لم يُقبل إنكاره . لأنه نسبٌ ثبت بحجّةٍ شرعية ، فلم يَزُل بإنكاره ، كما لو ثبت ببيِّنة ، أو بالفراش ، وسواء كان المقِرّ به غيرَ مكلّف ، أو مكلّفاً ، فصدّق المقرّ ، ويحتمل أن يسقُط نسب المكلّف باتفاقهما على الرجوع عنه . لأنه ثبت باتفاقهما ، فزال برجوعهما ، كالمال ، والأول أصحّ . لأنه نسب ثبت بالإقرار ، فأشبه نسب الصغير . والمجنون ، وفارق المال . لأن النسب يُحتاط لإثباته .

٣٨٣٥ (فصــــل)

وإن أقرّت المرأة بولد ، ولم تكن ذات زوج ، ولا نسبٍ قُبل إقرارها ، وإن كانت ذات زوج ، فهل يُقبل إقرارها ؟ على روايتين :

إحداهما : لا يُقبل . لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ، ولم يقرّ به ، أو إلحاقاً للعار به ، بولادة امرأته من غيره .

والثانية : يُقبل . لأنها شخص أقرّ بولد يُحتمل أن يكون منه ، فَقُبل ، كالرجل .

وقال أحمد فى رواية ابن منصور ، فى امرأة ادّعت ولدا : فإن كان لها إخوة ، أو نسب معروف ، فلا بدّ من أن يثبت أنه ابنها ، فإن لم يكن لها دافع ، فمن يحول بينها ، و بينه ، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل . فالظاهر أنَّه لا يخفَى عليهم ولادتها ، فتى ادّعت ولداً لا يعرفونه ، فالظاهر كذبُها ، ويحتمل أن تُقبل دعواها مُطلقاً . لأن النسب يُحتاط له . فأشبهت الرجلَ .

٣٨٣٦ (فصــــل)

ولو قدمت امرأة من بلد الروم ، معها طفل ، فأقرّ به رجل ، لحقه ، لوجود الإمكان ، وعدم المنازع ، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضَهم ، أو دخلت هى دار الإسلام ، ووطئها ، والنسبُ يُحتاط لإثباته ، ولهذا لو ولدت امرأةُ رجل وهو غائب عنها ، بعد عشرين سنةً من غَيْبَته لَحِقَهُ ، وإن لم يُعرف له قدوم إليها ، ولا عُرف لها خروج من بَلدها .

٣٨٣٧ (فصــــل)

وإن أقرّ بنسبِ صغير ، لم يكن مُقِرًّا بزوجيّة أمّه ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وقال أبو حنيفة : إذا كانت مشهورةً بالحرّية كان مُقِرًّا بزوجيّتها . لأن أنساب المسلمين ، وأحوالهم يجب حملُها على الصحّة ، وذلك أن تكون ولدته منه فى نكاح صحيح .

ولنا : أن الزوجيَّة ليست مقتضى لفظه . ولا مضمونه ، فلم يكن مُقِرًّا بها ، كما لو لم تكن معروفةً

بالحرية ، وما ذكروه لا يصح ، فإن النسب محمول على الصحة ، وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد ، والشبهة ، فلا يلزمه بحكم اقراره مالم يتضمنه لفظه ، ولم يوجبه .

٣٨٣٨ (فصل)

وإذا كان له أمة لها ثلاثةُ أولاد ، لا زوج لها ، ولا أقرّ بوطئها ، فقال : أحدُ هؤلاء ولدى ، فإقراره صحيح ، ويطالَب بالبيان ، فإن عيّن أحدهم ثبت نسبه ، وحرّيته . ثم يُسأل عن كيفية الاستيلاد ، فإن قال: كان بنكاح فعلى الوالد الولاء ، لأنه قدمسّه رِقٌّ ، والأمّ وولداها الآخران رقيقٌ قِنٌّ . وان قال : استولدتها فى ملكى ، فالمقرُّ به حرُّ الأصل ، لا ولاء عليه ، والأمة أمّ ولد ، ثم إن كان المقرُّ به الأكبر . فأخواه أبناء أمّ ولدٍ ،حكمها حكمها فى العتق بموت سيِّدها . وإن كان الأوسط فالأكبر قِنٌّ . والأصغر له حكم أمّه. وإن عيّن الأصغر ، فأخواه رقيقٌ قِنٌّ ، لأنّها ولدتهما قبل الحكم بكونها أمّ ولد ، وإن قال : هو من وطء شبهة ، فالولد حرُّ الأصل ، وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يُبيّن ، أخذ ورثته بالبيان ، ويقوم بيانهم مقام بيانه . فإن بيّنوا النسب ، ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب ، وحرّية الولد ، ولم يثبت للأمّ ، ولا لولديها حكم الاستيلاد ، لأنه يحتمل أن يكون من نكاحٍ ، أو وطء شبهةٍ ، وإن لم يُبيّنوا النسب ، وقالوا : لا نعرف ذلك ، ولا الاستيلاد . فإنّا نُرِيهِ القَافَةَ[1] . فإن ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ، ولا يثبُت حكمُ الاستيلاد لغيره ،فإن لم تكن قَافَةٌ أُقرع بينهم ، فمن وقعت له القرعة عَتق ، وورث . وبهذا قال الشافعىّ : إلا أنّه لا يورّثه بالقرعة .

ولنا : أنه حرّ استندت حرّيته إلى إقرار أبيه ، فورث ، كما لو عيّنه فى إقراره .

٣٨٣٩ (فصل)

وإذا كان له أمتان ، لكلّ واحدةٍ منهما ولد ، فقال : أحدُ هذين ولدى من أمتى ، نظرتَ ، فإن كان لكلّ واحدة منهما زوج ، يمكن إلحاق الولد به لم يصحّ إقراره ، ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لإحداها زوج ، دون الأخرى ، انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى ، لأنه الذى يُمكن إلحاقه به ، وإن لم يكن لواحدةٍ منهما زوج ، ولكن أقرّ السيِّد بوطئهما ، صارتا فِراشاً ، ولحق ولداها به ، إذا أمكن أن يولد بعد وطئه ، وإن أمكن فى إحداها دون الأخرى انصرف الإقرار إلى مَنْ أمكن ، لأنه ولدُه حكماً .

وإن لم يكن أقرّ بوطء واحدةٍ منهما صحّ إقراره ، وتثبُت حرّية المقَرِّ به ، لأنّه أقرّ بنسبٍ صغير ،

(١) القافة : جمع قائف ، وهو الخبير بالأنساب الذى ينظر إلى الولد وإلى من يراد نسبه إليهم فيلحقه بمن هو شبيهه .

مجهول النسب ، مع الإمكان ، لا منازع له فيه ، فلحقه نسبه ، ثم يُـكلّف البيان ، كما لو طلّق إحـدى نسائه ، فإذا بيّن قُبل بيانه ، لأنّ المرجع فى ذلك إليه ، ثم يُطالَب ببيان كيفيّة الولادة ، فإن قال : استولدتها فى مِلكى ، فالولدُ حرّ الأصل ، لا ولاء عليه ، وأمّه أمُّ ولد ، وإن قال : فى نكاح ، فعلى الولد الولاء ، لأنّه مسّه رِقّ ، والأمَةُ قِنٌّ ، لأنها عَلِقَتْ بمملوك ، وإن قال : بوطء شُبهةٍ فالولدُ حرُّ الأصل ، والأمة قِنٌّ لأنّها عَلِقت به فى غير ملك .

وإن ادّعت الأخرى أنّها التى استولدها ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنّ الأصل عدم الاستيلاد ، فأشبه ما لو ادّعت ذلك من غير إقـرار بشىء ، فإذا حلف رقّتْ ، وَرقّ ولدُها ، وإذا مات ورثه ولده المقَـرُّ به .

وإن كانت أمُّه قد صارت أمّ ولد عَتَقَتْ أيضاً ، وإن لم تصر أمّ ولد عتقت على ولدها ، إن كان هو الوارث وحده ، وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك ، فإن مات قبل أن يُبَيّن ، قامَ وارثهُ مقامه فى البيان ، لأنه يقوم مقامه فى إلحاق النسب ، وغيره ، فإذا بيّن كان كما لو بيّن الموروث ، وان لم يَعلم الوارث كيفيَّة الاستيلاد ، ففى الأمَة وجهان :

أحدهما : يكون رقيقاً ، لأن الرقّ الأصلُ ، فلا يزول بالاحتمال .

والثانى يَعتق . لأن الظاهر أنها ولدته فى مِلـكه . لأنه أقرّ بولدها ، وهى فى مِلـكه وهـذا منصوص الشافعىّ ، فإن لم يكن وارث ، أو كان وارث فلم يُعيّن عُرِضَ على القافة[1] . فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه ، وكان حكمه كما لو عيّن الوارث ، فإن لم تكن قافةٌ ، أو كانت فلم تُعرف أقرِع بين الولدين ، فيُعتق أحدهما بالقرعة ، لأن للقرعة مدخلاً فى إثبات الحريّة ، وقياس المذهب ثبوت نسبه ، وميراثه ، على ما ذكرنا فى التى قبلها ، وقال الشـافعىّ : لا يثبُت نسبٌ ، ولا ميراث ، واختلفوا فى الميراث ، فقال المُزنىّ : يوقف نصيب ابنٍ ، لأننا تيقّنا ابناً وارثاً ، ولهم وجـه آخر : لا يوقف شىء ، لأنّه لا يُرجَى انكشافه ، وقال أبو حنيفة : يعتق من كلّ واحد نصفُه ، ويُستَسعى فى باقيه ، ولا يرثان ، وقال ابن أبى ليلى ، مثل ذلك ، إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ، ويدفعانه فى سعايتهما ، والـكلام على قسمة الحريّة ، والسعاية يأتى فى العتق ، إن شاء الله تعالى .

---

(١) القافة : جمع قائف ، وهم الخبراء بالأنساب الذين ينظرون الوالد وينظرون المراد إلحاقه بهم فيلحقون بأقربه شبهاً إليهم .

٣٨٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ﴾

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقرّ بدين على موروثه قُبِل إقراره بغير خــلاف . نعلمه ، ويتعلّق ذلك بتركة الميّت ، كما لو أقرّ به الميت قبل موته ، فإن لم يخلّف تركة لم يُلزم الوارثُ بشيء ، لأنه لا يلزمه أداء دينه ، إذا كان حيًّا مُفلساً، فكذلك إذا كان ميتاً ، وإن خلّف تركة تعلّق الدينُ بها، فإن أحبّ الوارث تسليمها فى الدين لم يَلزمهُ إلاّ ذلك . وإن أحبّ استخلاصها ، وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ، ويلزمه أقلُّ الأمرين من قيمتها ، أو قدر الدين بمنزلة الجانى ، وإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا ، وإن كانا اثنين، أو أكثر ، وثبت الدين بإقرار الميّت ، أو ببيّنة ، أو إقرار جميع الورثة ، فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة ، وقضاء الدين من أموالهم ، فعلى كلّ واحد منهم من الدين بقدر ميراثه ، وإن أقرّ أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه ، والخيرة إليه فى تسليم نصيبه فى الدين ، أو استخلاصه ، وإذا قدّره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف ، وإن كانوا ثلاثةً فعليه الثلث، وبهذا قال النخَعِىّ،والحسن ، والحكم ، وإسحاق ، وأبو عُبيد ، وأبو ثور ، والشافعىّ فى أحد قوليه ، وقال أصحاب الرأى : يلزمه جميع الدين ، أو جميع ميراثه ، وهذا آخر قولى الشافعى ، رجع إليه بعد قوله كقولنا ، لأن الدين يتعلّق بتركته ، فلا يستحقّ الوارث منها إلا ما فضل من الدين ، لقول الله تعالى : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) ولأنّه يقول : ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق ، فكان غاصباً ، فتعلّق الدين بما بقى من التركة ، كما لو غصبه أجنبىّ .

ولنا : أنه لا يستحقّ أكثر من نصف الميراث ، فلا يلزمه أكثر من نصف الدين ، كما لو أقرّ أخوه . ولأنه إقرار يتعلّق بحصّته ، وحصّة أخيه ، فلا يجب عليه إلا ما يخصّه ، كالإقرار بالوصيّة ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، ولأنّه حقّ لو ثبت ببيّنة ، أو قول الميّت ، أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفهُ ، فلم يلزمه بإقراره أكثرُ من نصفه ، كالوصيّة ، ولأن شهادته بالدين مع غيره تُقبل ، ولو لزمه أكثر من حصّته لم تقبلْ شهادته ، لأنه يجرُّ بها إلى نفسه نفعاً .

٣٨٤١ (فصــــل)

إذا ادّعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسببٍ يوجب الاشتراك ، مثل أن يقولا : ورثناها ، أو ابتعناها معاً ، فأقرّ المدّعىَ عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعاً ، لأنهما اعترفا أنّ الدار لهما مُشاعةً ، فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما ، والباقى بينهما ، وإن لم يكونا ادّعيا شيئاً يقتضى الاشتراك ، بل ادّعى كلُّ واحد منهما نصفها،فأقرّ لأحدهما بما ادّعاه لم يشاركه الآخر ، وكان على خصومته ، لأنهما لم يعترفا بالاشتراك،

فإن أقر لأحدهما بالكل ، وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه ، وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك ، وجب تسليمُ النصف إليه ، لأن الذى هى فى يده قد اعترف له بها ، فصار بمنزلته ، فيثبت لمن يُقر له ، وإن لم يكن اعترف للآخر ، وادّعى جميعها ، أو ادّعى أكثر من النصف فهو له ، فإن قيل : فكيف يملك جميعها ، ولم يدّع إلا نصفها ؟ قلنا : ليس من شرط صحة الإقرار تقدم الدعوى ، بل متى أقرّ الإنسان بشىء، فصدّقه المقرّ له ثبت ، وقد وُجد التصديق ههنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف ، لأن له حجّةً به ، أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به ، فادّعى النصف الذى لم يعترف به ، فإن لم يصدّقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدّعه ، ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يبطلُ الإقرار به ، لأنه أقرّ به لمن يدّعيه .

الثانى : ينزعه الحاكم من يده ، حتى يثبت لمدّعيه ، ويؤجّره ، ويحفظ أجرته لمالكه .

والثالث : يدفع إلى مُدّعيه ، لعدم المنازع فيه ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلّه كنحو ما ذكرنا .

٣٨٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكلّ من قلتُ : القولُ قولُه فلخصمه عليه اليمينُ ﴾ .

يعنى فى هذا الباب ، وفيما أشبهه مثلُ أن يقول : عندى ألف ، ثم قال : وديعةٌ أو قال : علىّ ، ثمّ قال : وديعةٌ ، أو قال : له عندى رهن ، فقال المالك : وديعةٌ ، ومثل الشريك ، والمضارب ، والمنكر للدعوى ، وإذا اختلفا فى قيمة الرهن ، أو قدره ، أو قدر الدين الذى الرهنُ به ، وأشباه هذا ، فكل مَن قلنا القولُ قولُه فعليه لخصمه اليمينُ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » رواه مسلم ، ولأن اليمين يُشرع فى حقّ من ظهر صدقه ، وقوى جانبه تقويةً لقوله ، واستظهاراً ، والذى جُعل القول قولُه كذلك ، فيجب أن تُشرع اليمين فى حقّه .

٣٨٤٣ (فصـــل)

إذا أقرّ أنه وهب ، وأقبض الهبة ، أو رهن ، وأقبض ، أو أنه قبض المبيع ، أو أجّر المستأجر ، ثم أنكر ذلك ، وسأل إحْلافَ خصمه ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يُستحلف ، وهو قول أبى حنيفة ، ومحمد ، لأنّ دعواه تكذيبٌ لإقراره ، فلا تُسمع ،

كما لو أقرَّ المضاربُ أنه ربح ألفاً ، ثم قال : غلطتُ ، ولأنّ الإقرار أقوى من البيّنة ، ولو شهدتِ البيّنة ، فقال: أَحْلِفوهُ لى مع بَيّنته لم يُستحلف ، كذا ههنا .

والثانية . يُستحلف ، وهو قول الشافعيّ ، وأبى يوسف ، لأنّ العادة جارية بالإقرار قبل القبض ، فيحتمل صحّة ما قاله ، فينبغى أن يُستحلف خصمُه لنفى الاحتمال ، ويُفارق الإقرار البيّنة لوجهين :

أحدهما . أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ، ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله ، لأنها تكون شهادةَ زور .

والثانى : أن إنكاره مع الشهادة طعنٌ فى البيّنة ، وتكذيب لها ، وفى الإقرار بخلافه ، ولم يذكر القاضى فى المجرَّد غير هذا الوجه ، وكذلك لو أقرّ أنه اقترض منه ألفاً ، وقبضها ، أو قال : له علىّ ألف ، ثمَّ قال : ما كنتُ قبضتها ، وإنّما أقررتُ لأقبضها ، فالحكم كذلك ، ولأنهُ يمكن أن يكون قد أقرَّ بقبض ذلك ، بناء على قول وكيله ، وظنه ، والشهادة لا تجوز إلا على اليقين ، فأمَّا إن أقرَّ أنه وهبه طعاما ، ثمّ قال : ما أقبضتكه ، وقال المتّهب : بل أقبضتنيه ، فالقولُ قولُ الواهب ، لأنّ الأصل عدم القبض ، وإن كانت فى يد المتهّب ، فقال : أقبضتنيها ، فقال : بل أخذتَها منّى بغير إذنى ، فالقول قول الواهب أيضاً ، لأنّ الأصل عدم الإذن ، وإن كانت حين الهبة فى يد المتهّب لم يُعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مُضىّ مدّة ، يتأتّى القبضُ فيها ، وعلى من قلنا القولُ قولُه منهما اليمينُ ، لما ذكرنا .

٣٨٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والإقرار بدين فى مرض موته كالإقرار فى الصحة ، إذا كان لغير وارث ﴾

هذا ظاهر المذهب ، وهو قولُ أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ إقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز ، وحكى أصحابنا روايةً أخرى : أنّه لا يُقبل ، لأنه إقرار فى مرض الموت ، أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنَّه لا يُقبل إقراره بزيادة على الثلث ، لأنه ممنوع من عطيّة ذلك لأجنبىّ ، كما هو ممنوع من عطيّة الوارث ، فلا يصحّ إقراره بما لا يملك عطيّته ، بخلاف الثلث فما دون .

ولنا : أنه إقرار غير متّهم فيه ، فقُبل كالإقرار فى الصحّة ، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ، وإبراء ذمته ، وتحرّى الصدق ، فكان أولى بالقبول ، وفارق الإقرار للوارث ، لأنّه متّهم فيه على ما سنذكره .

٣٨٤٥ (فصل)

فإن أقرّ لأجنبىّ بدين فى مرضه ، وعليه دين ثبت ببيّنة ، أو إقرار فى صحّته ، وفى المال سعة لهما ، فهما

سواء ، وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخِرَقىّ أنهما سواء ، وهو اختيار التميمىّ ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وذكر أبو عُبَيد أنه قولُ أكثر أهل المدينة ، لأنهما حقّان يجب قضاؤهما من رأس المال ، لم يختصّ أحدهما برهن ، فاستويا ، كما لو ثبتا ببيّنة ، وقال أبو الخطاب : لا يُحاصُّ غرماء الصحّة ، وقال القاضى : هو قياس المذهب ، لنصِّ أحمد فى المفلس : أنّه إذا أقرّ وعليه دين ببيّنة يُبدأ بالدين الذى بالبيّنة ، وبهذا قال النَخَعىّ ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه أقرّ بعد تعلق الحقّ بتركته ، فوجب أن لا يُشارك المقرّ له مَنْ ثبت دينُه ببيّنه ، كغريم المفلس الذى أقرّ له بعد الحَجْر عليه ، والدليل على تعلّق الحقّ بماله منعُه من التبرّع ، ومن الإقرار لوارث ، ولأنه محجور عليه ، ولهذا لا تنفذ هِباته وتبرّعاته ، فلم يُشارك من أقرّ له قبل الحجر ، ومن ثبت دينه ببيّنه ، كالذى أقرّ له المفلس ، وإن أقرّ لهما جميعاً فى المرض تساويا ، ولم يقدّم السابق منهما ، لأنّهما استويا فى الحال ، فأشبها غريمى الصحّة .

٣٨٤٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن أقر لوارث لم يلزم باقى الورثة قبوله إلا ببينة ﴾ .

وبهذا قال شُريح ، وأبو هاشم ، وابن أُذَيْنة ، والنَخَعىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ورُوى ذلك عن القاسم ، وسالم ، وقال عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، وأبو ثور : يُقبل ، لأنّ من صحّ الإقرار له فى الصحّة صحّ فى المرض ، وكالأجنبىّ ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين ، وقال مالك : يصحّ إذا لم يتّهم ، ويبطُل إن اتُّهِم ، كمن له بنت ، وابن عَمّ ، فأقرّ لابنته ، لم يُقبل ، وإن أقرّ لابن عمّه قُبِل ، لأنه لا يتّهم فى أنه يَزْوى ابنته ، ويُوصِّل المال إلى ابن عمه ، وعلّة منع الاقرار التّهمة ، فاختصّ المنـع بموضعها .

ولنـا : أنه إيصالٌ لمـا له إلى وارثه . بقوله فى مرض موته ، فلم يصحّ بغير رضى بقيّة ورثته ، كهبته ، ولأنه محجور عليه فى حقّه ، فلم يصحّ إقراره له ، كالصبىِّ فى حقِّ جميـع الناس ، وفارق الأجنبىّ ، فإن هبته له تصحُّ ، وما ذكره مالك لا يصحُّ ، فإنّ التهمة لا يمـكن اعتبارها بنفسها ، فوجب اعتبارها بمَظِنّتها ، وهو الإرث ، وكذلك اعتبر فى الوصيّة ، والتبرّع ، وغيرهما .

٣٨٤٧ (فصــــــل)

وإن أقرّ لامرأته بمهر مثلها ، أو دونه صحّ فى قولهم جميعاً ، لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبىّ . قال : لا يجوز إقراره لها ، لأنه إقرار لوارث .

ولنـا : أنه إقرار بمـا تحقّق سببُه . وعُلِم وجوده . ولم تُعلم البراءة منه . فأشبه ما لو كان عليه

دين ببيّنة . فأقرّ بأنّه لم يُوفّه . وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً ، فأقرّ له بثمن مثله . لأنّ القول قولُ المُقَرّ له . فى أنّه لم يقبض ثمنه ، وإن أقرّ لامرأته بدين سوى الصداق لم يُقبل . وإن أقرّ لها ثمّ أبانهـا ، ثم رجع تزوّجها . ومات فى مرضه لم يُقبل إقراره لها . وقال محمد بن الحسن : يُقبل ، لأنها صارت إلى حالٍ لا يتّهم فيها ، فأشبه ما لو أقرّ المريض . ثم برأ.

ولنـا : أنه إقرار لوارث . فى مرض الموت ، أشبه ما لو لم يُبِنْها . وفارق ما إذا صحّ من مرضه ، لأنه لا يكون مرض الموت .

٣٨٤٨ (فصـل)

وإن أقرّ لوارث ، فصار غيرَ وارث . كرجل أقرّ لأخيه .ولا ولد له . ثم وُلد له ابن لم يصحّ إقراره له . وإن أقرّ لغير وارث . ثم صار وارثاً صحّ إقراره له . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، إذا أقرّ لامرأة بدين فى المرض ، ثم تزوّجها جاز إقراره . لأنّه غيرُ متهم . وحُـكى له قولُ سفيان فى رجل له ابنان . فأقرّ لأحدها بدين فى مرضه . ثم مات الابن . وترك ابناً ، والأبُ حىٌّ ، ثم مات بعد ذلك ، جاز إقراره . فقال أحمـد : لايجوز . وبهذا قال عثمان البَتّىّ . وذكر أبو الخطاب روايةً أخرى فى الصورتين ، مخالفةً لما قلنا . وهو قول سفيان الثورىّ . والشافعىّ ، لأنّه معنًى يُعتبر فيه عدم الميراث . فكان الاعتبار فيه بحالة الموت . كالوصيّة .

ولنـا . أنه قول تُعتبر فيه التهمة . فاعتبرت حالُ وجوده دون غيره ، كالشهادة ، ولأنّه إذا أقرّ لغير وارث ثبت الإقرار ، وصحّ لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبُت الحقّ به ، ولم يوجد مُسقطُ له . فلا يسقُط ، وإذا أقرّ لوارثٍ وقع باطلاً ، لاقتران التهمة به . فلا يصـحّ بعد ذلك . ولأنه إقرار لوارث. فلم يصحّ . كما لو يستمر الميراث . وإن أقرّ لغير وارث صحّ ، واستمرّ كما لو استمرّ عدم الإرث . أمّا الوصيّة فإنّها عطيّة بعد الموت . فاعتُبرت فيها حالة الموت . بخلاف مسألتنا.

٣٨٤٩ (فصـــل)

وإن أقرّ لوارث ، وأجنبىّ بطل فى حقّ الوارث ، وصحّ فى حقّ الأجنبىّ ، ويحتمل أن لا يصحّ فى حقّ الأجنبىّ ، كما لو شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها بطلت شهادته فى الـكلّ ، وكما لو شهد لابنه ، وأجنبىّ . وقال أبو حنيفة : إن أقرّ لها بدين من الشركة ، فاعترف الأجنبىّ بالشركة صحّ الإقرار لها ، وإن جحدها صحّ له دون الوارث .

ولنا : أنه إقرار لوارث ، وأجنبىّ فيصحّ للأجنبىّ دون الوارث ، كما لو أقرّ بلفظين ، أو كما لو جحد

الأجنبيّ الشركة ، ويُفارق الإقرار الشهادة ، لقوّة الإقرار ، ولذلك لا تُعتبر فيه العدالة ، ولو أقرّ بشيء له فيه نفع ، كالاقرار بنسب مُوسرٍ قُبل ، ولو أقرّ بشيء يتضمّن دعوى على غيره قُبل فيما عليه ، دون ماله ، كما لو قال لامرأته : خلعتُك على ألف ، بانت باقراره ، والقولُ قولُها في نفي العِوَض ، وإن قال لعبده : اشتريتَ نفسك منى بألف ، فكذلك .

٣٨٥٠ (فصــل)

ويصحّ إقرار المريض بوارث ، في إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ ، لأنّه إقرار لوارث ، فأشبه الإقرار له بمالٍ . والأول أصحّ . لأنه عند الإقرار غير وارث ، ويصحّ كما لو لم يصر وارثاً ، ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقرّ لغير وارث ، ثم صار وارثاً ، فمن صحّح الإقرار ثمّ صحّحه ههنا ، ومن أبطله أبطله ، وإن ملك ابن عمّه ، فأقرّ في مرضه أنّه كان أعتقه في صحّته ، وهو أقرب عَصَبته عَتَقَ ، ولم يرثْهُ لأنّ تَوْرِيثَهُ يوجب إبطال الإقرار بحرّيته ، وإذا بطلت الحرّية سقط الإرث ، فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه ، فأسقطنا التوريث ، وحده ، ويحتمل أن يرث . لأنه حين الإقرار غيرُ وارث ، فصحّ إقراره له ، كالمسألة قبلها .

٣٨٥١ (فصــل)

ويصحّ الإقرار من المريض بإحبال الأمة ، لأنه يملك ذلك ، فملك الإقرار به ، وكذلك كلّ ماملكه ملك الإقرار به ، فإذا أقرّ بذلك ثمّ مات . فإن بيّن أنه استولدها في ملكه ، فولده حرّ الأصل ، وأمّه أمّ ولد ، تعتق من رأس المال . وإن قال : مِنْ نكاحه ، أو وطء شُبهة لم تصر الأمةُ أمّ ولد ، وعتق الولد ، فإن كان مِنْ نكاح فعليه الولاء ، لأنّه مسّه رقّ . وإن قال . من وطء شُبهة لم تصر الأمةُ أمّ ولد ، وإن لم يتبيّن السبب ، فالأمة مملوكة ، لأنّ الأصل الرقّ ، ولم يثبت سبب الحرّية ، ويحتمل أن تصير أمّ ولد . لأن الظاهر استيلادها في ملكه من قِبلَ أنّها مملوكته ، والولادة موجودة ، ولا ولاء على الولد ، لأنّ الأصل عدمه ، فلا يثبُت إلا بدليل

٣٨٥٢ (فصــل)

في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار

إذا قال : له عليّ ألف ، أو قال له : لى عليك ألف ، فقال : نعم ، أو أجلّ أو صدقت ، أو لعمرى ، أو أنا مُقرّ به ، أو بما ادّعيت ، أو بدعوك ، كان مقراً في جميع ذلك ، لأنّ هذه الألفاظ وُضعت للتصديق ، قال الله تعالى (هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا ؟ قَالُوا نَعَمْ) وإن قال : أليس لى عندك ألف ؟ قال : بلى ، كان إقراراً صحيحاً ، لأنّ بلى جوابٌ للسؤال بحرف النفى ،

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) وإن قال : لك عليّ ألف فى علمى ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّا به ، لأن ما فى علمه لا يحتمل إلا الوجوب.

وإن قال : اقض نى الألف الذى لى عليك ، قال : نعم ، كان مُقرًّا به ، لأنَّه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتر عبدى هذا ، أو أعطنى عبدى هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك عليّ ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرًّا به نصّ عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعيّ : ليس بإقرار . لأنه علّق إقراره على شرط ، فلم يصحّ . كما لو علّقه على مشيئةِ زيد ، ولأنّ ما عُلّق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كلّه ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقرّ به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال: له عليّ ألف إلاّ ألفاً ، ولأنّه عقّب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضى رفع الحكم أشبه مالو قال: له عليّ ألف فى مشيئة الله تعالى ، وإن قال: له عليّ ألف إلا أنْ يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنّه أقرّ ، ثمْ علّق رفع الإقرار على أمر لا يُعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك عليّ ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضى: يصحّ . لأنه عقّبه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكّل ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علّقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لوقال : له عليّ ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار إخبار بحقٍ سابق ، فلا يتعلّق على شرطٍ مُستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر فى الكلام تبرّكاً ، وصلةً ، وتفويضاً إلى الله تعالى ، لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شكّ ، ويقول الناسُ : صلّينا إن شاء الله تعالى ، مع تيقّنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الآدميّ .

(الثانى[1]) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقفُ الأمر على وجودها ، ومشيئة الآدميّ يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً يتوقّف الأمر على وجودها ، والماضى لا يمكن وقفه ، فيتعيّن حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعتُك إن شاء الله تعالى ، أو زوّجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه فى أنّه إذا قيل له : قبلتَ هذا النكاح ؟ فقال : نعم إن شاء الله تعالى ، أنّ النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعتُك بألف إن شئتَ ، فقال : قد شئتُ ، وقبلتُ صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركا » الخ .

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) وإن قال : الك عليّ ألف فى علمى ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّا به ، لأن مافى علمه لا يحتمل إلا الوجوب.

وإن قال : اقض نى الألف الذى لى عليك ، قال : نعم ، كان مُقرًّا به ، لأنه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتر عبدى هذا ، أو أعطنى عبدى هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك علىّ ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرًّا به نصّ عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعىّ : ليس بإقرار . لأنه علّق إقراره على شرط ، فلم يصحّ . كما لو علّقه على مشيئةِ زيد ، ولأنّ ما عُلِّق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كلّه ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقرّ به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال: له عليّ ألف إلاّ ألفاً ، ولأنّه عقّب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضى رفع الحكم أشبه مالو قال: له علىّ ألف فى مشيئة الله تعالى ، وإن قال: له عليَّ ألف إلا أنْ يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنّه أقرّ ، ثمّ علّق رفع الإقرار على أمر لا يُعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك عليّ ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضى: يصحّ . لأنه عقّبه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكلّ ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علّقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لو قال : له عليّ ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار إخبار بحقٍّ سابق ، فلا يتعلق على شرطٍ مُستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر فى الكلام تبرّكاً ، وصلةً ، وتفويضاً إلى الله تعالى، لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شكّ ، ويقول الناسُ : صلّينا إن شاء الله تعالى ، مع تيقّنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الآدمىّ .

(الثانى[1]) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقفُ الأمر على وجودها ، ومشيئة الآدمىّ يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً يتوقّف الأمر على وجودها ، والماضى لا يمكن وقفه ، فيتعيّن حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعتُك إن شاء الله تعالى ، أو زوّجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه فى أنّه إذا قيل له : قبلتَ هذا النكاح ؟ فقال : نعم ، إن شاء الله تعالى ، أنّ النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعتك بألف إن شئتَ ، فقال : قد شئتُ ، وقبلتُ صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركا » الخ .

كتاب العارية

٣٨٥٤ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ والعارية مضمونة ، وإن لم يتعدّ فيها المستعير ﴾

العارية إباحةُ الانتفاع بعين من أعيان المـال ، مشتقةٌ من عار الشيء إذا ذهبَ ، وجاء ، ومنه قيل للبطّال عيار ، لتردده فى بطالته ، والعربُ تقول : أعاره ، وعاره ، مثـل أطاعه ، وطاعه ، والأصل فيها الـكتابُ ، والسنّة ، والإجماع .

أما الـكتاب : فقول الله تعالى « ١٠٧ : ٧ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ » رُوى عن ابن عباس ، وابن مسعود : أنهما قالا : العَوارى[1] وفسّرها ابن مسعود ، فقال : القِدْر ، والميزان ، والدلو .

وأما السنّة ، فما رُوِى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة عام حَجة الوداع « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِىٌّ ، والمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، والزَّعِيمُ[2] غَارِمٌ » أخرجه الترمذىّ . وقال : حديث حسن ، غريب ، ورَوى صفوان بن أميّة : أن النبيّ صلى الله عليه وسلّم استعار منه أدراعاً يوم حُنـين ، فقال : أغَصْبًا يا محمد ؟ قال : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » رواه أبو داود .

وأجمع المسلمون على جواز العارية ، واستحبابها ، لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبـة المنافع ، ولذلك صحّت الوصيّة بالأعيان ، والمنافع جميعاً . إذا ثبت هذا : فإن العارية مندوب إليها ، وليست واجبةً فى قول أكثر أهل العلم ، وقيل : هى واجبة ، للآية ، ولما رَوى أبو هريرة ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، قال « مَا مِنْ صَاحب إبلٍ لَا يُؤَدِّى حَقَّهَا » الحديث ، قيل : يا رسول الله . وما حقّهـا ؟ قال « إعَارَةُ دَلْوِهَا ، وَإطْرَاقُ فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْمَ وِرْدِهَا » فذمّ اللهُ تعـالى مانعَ العَارِيةِ[3] ، وتوعّده[4] ، رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم بما ذُكر فى خبره .

---

(١) أى قالا فى تفسير منع الماعون أنه منع العوارى أى ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض .

(٢) الزعيم : الـكفيل والضامن .

(٣) ذم الله تعالى مانع العارية وتوعده أيضاً بالويل بقوله تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون المـاعون » وإذا توعد الله على منعها ، كان إعطاؤها مندوبا إليه .

(٤) وكذلك توعد الرسول صلى الله عليه وسلم مانع العارية فى الحديث لأن بقيته « إلا جاءت يوم القيامة كأغذ ما كانت وأنشره تنطحه بقرونها وتطؤها بأخفافها » الحديث .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » رواه ابن المنذر . ورُوِي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » وفى حديث الأعرابيّ الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا فرض الله عليّ من الصدقة ؟ قال « الزَّكَاةَ » فقال : هل عليّ غيرها ؟ قال « لاَ إِلاَّ أَنْ تَطَوَّعَ شَيْئًا » أو كما قال ، والآيةُ فسّرها ابنُ عمر ، والحسن البصريّ بالزكاة ، وكذلك زيدُ ابن أسلم . وقال عكرمة . إذا جمع ثلاثتها فله الويل ، إذا سها عن الصلاة ، وراءى ، ومنع الماعون ، ويجبُ ردّ العارية ، إن كانت باقيةً بغير خلاف ، ويجب ضمانها إذا كانت تالفةً ، تعدّى فيها المستعير ، أو لم يتعدّ . رُوى ذلك عن ابن عباس ، وأبى هريرة . وإليه ذهب عطاء ، والشافعيّ ، وإسحق ، وقال الحسن : والنخعيّ ، والشعبيّ ، وعمر بن عبد العزيز ، والثوريّ ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعيُّ ، وابن شُبْرُمَةَ : هى أمانة ، لا يجبُ ضمانها إلا بالتعدّى ، لما روى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه : أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ[1] ضَمَانٌ » ولأنه قبضها بإذن مالكها ، فكانت أمانةً ، كالوديعة ، قالوا : وقولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » يدلّ على أنّها أمانة ، لقول الله تعالى (٤ : ٥٨ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا) .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم فى حديث صفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » وروى الحسن ، عن سَمُرةَ ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » رواه أبو داود ، والترمذيّ . وقال : حديث حسن ، غريب ، ولأنّه أخذ ملك غيره ، لنفع نفسه ، منفرداً بنفعه ، من غير استحقاق ، ولا إذنٍ فى الإتلاف ، فكان مضموناً ، كالغاصب ، والمأخوذِ على وجه السَّوْمِ ، وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبّار ، عن عُبَيْد بن حَسَّان ، عن عمرو بن شُعَيب ، وعمر ، وعُبَيْدٌ ضعيفان . قاله الدارقطنيّ . ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع ، والأجزاء ، وقياسُهم منقوض بالمقبوض على وجه السَّوْمِ .

٣٨٥٥ (فصل)

وإن شرط نفى الضمان لم يسقُط . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حفص العُكْبَرِيُّ : يسقُط ، قال أبو الخطاب : أومأ إليه أحمد ، وهو قول قتادة ، والعنبريّ لأنه لو أذن فى إتلافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها . وقيل: بل مذهب قتادة ، والعنبريّ ، أنها لا تُضمن ، إلا أن يُشترط ضمانُها. فيجب ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم لصفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » .

---

(١) المغل : الخائن

ولنا : أن كلَّ عقد اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح ، أو فاسد ، وما اقتضى الأمانة فكذلك ، كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة ، والذى كان من النبىّ صلى الله عليه وسلم إخبارٌ بصفة العارية ، وحكمها ، وفارق ما إذا أذن فى الإتلاف ، فإن الإتلاف فعل يصحّ الإذن فيه ، ويسقُط حكمه ، إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه ، وإسقاط الضمان ههنا نفىٌ للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك ، ولا يملك الإذن فيه .

٣٨٥٦ (فصـــــل)

وإذا انتفع بها ، وردّها على صفتها ، فلا شىء عليه ، لأن المنافع مأذون فى إتلافها ، فلا يجب عوَضها ، وإن تلف شىء من أجزائها التى لا تذهبُ بالاستعمال ، فعليه ضمانُها ، لأن ما ضُمِن جملتهُ ضُمِنَتْ أجزاؤه ، كالمغصوب ، وأما أجزاؤها التى تذهبُ بالاستعمال ، كَخَمَلِ[1] المِنْشَفَةِ ، والقَطِيفةِ وخفّ الثوب بلبسه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجب ضمانه . لأنها أجزاء عين مضمونة ، فكانت مضمونة . كما لو كانت مغصوبة . ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين . قبل استعمالها . فتُضمن اذا تلفت وحدها . كسائر الأجزاء .

والثانى : لا يضمنها ، وهو قول الشافعىّ . لأنّ الإذن فى الاستعمال تضمّنه . فلا يجب ضمانه . كالمنافع ، وكما لو أذن فى إتلافها صريحاً ، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها ، لأنّه لا يمكن تمييزها من العين ، ولأنه إنّما أذن فى إتلافها على وجه الانتفاع ، فإذا تلفت العين قبل ذلك ، فقد فاتت على غير الوجه الذى أذن فيه ، فضمنها ، كما لو أجر العين المستعارة ، فإنه يضمن منافعها ، فإذا قلنا : لا يضمن الأجزاء ، فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال . فإنّها تقوّم حال التلف ، لأن الأجزاء التالفة تلفت غيرَ مضمونةٍ لكونها مأذوناً فى إتلافها ، فلا يجوز تقويمها عليه ، وإن قلنا : يجب ضمان الأجزاء قُوِّمت العين قبل تلف أجزائها ، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلَّها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمالٍ غير مأذون فيه ، مثل أن يُعيره ثوباً ليلبسه ، فحمل فيه تراباً ، فإنه يضمنُ نقصه ، ومنافعه ، لأنه تلف بتعدّيه ، وإن تلف بغير تعدّ منه . ولا استعمال . كتلفها لطول الزمان عليها . ووقوع نارٍ عليها . فينبغى أن يضمن ما تلف منها بالنار ، ونحوها ، لأنه تَلَفٌ لم يتضمّنه الاستعمال المأذون فيه . فأشبه تلفها بفعلٍ غير مأذون فيه . وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال ، لأنه تلفَ بالإمساك المأذون فيه . فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه .

---

(١) الخمل : بفتح الخاء والميم الوبرة التى تكون للمنشفة « الفوطة » وللقطيفة .

٣٨٣٧ (فصـــل)

فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه فى أحد الوجهين ، لأنه لم يدخل فى الإعارة ، فلم يدخل فى الضمان ، ولا فائدة للمستعير فيـه ، فأشبه الوديعةَ ، ويضمَنُه فى الآخر ، لأنه ولد عين مضمونة ، فيُضمن ، كولد المغصوبة ، والأول أصح ، فإن ولد المغصوبة لا يُضمن إذا لم يكن مغصوباً ، وكذلك ولد العارية ، إذا لم يوجد مع أمّه ، وإنما يُضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوباً . فلا أثر لكونه ولداً لها .

٣٨٥٨ (فصـل)

ويجب ضمان العين بمثلها . ان كانت من ذوات الأمثال ، فإن لم تكن مثليّةً ضمنها بقيمتها يوم تلفها . إلا على الوجه الذى يجب فيـه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه ، فإنه يضمنُها بقيمتها قبل تلف أجزائها ، إن كانت قيمتها حينئذٍ أكثر ، وإن كانت أقلّ ضمنها بقيمتها يوم تلفها ، على الوجهين جميعاً .

٣٨٥٩ (فصـــل)

وإن كانت العين باقيةً ، فعلى المستعير ردّها إلى المعير ، أو وكيله فى قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها ، وإن ردّها إلى المكان الذى أخذها منه ، أو إلى مِلك صاحبها ، لم يبرأ من ضمانها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يبرأ ، لأنها صارت كالمقبوضة ، فإنّ رَدّ العوارِى فى العادة يكون إلى أملاكِ أربابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولنا : أنه لم يردّها إلى مالكها ، ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ منها ، كما لو دفعها إلى أجنبى ، وما ذكره يبطُل بالسارق إذا ردّ المسروق إلى الحِرْزِ ، ولا تُعرف العادةُ التى ذكرها ، وإن ردّها إلى من جرت عادته بجرَيان ذلك على يديه ، كزوجته المتصرّفة فى ماله ، وردّ الدابة إلى سائسها ، فقياسُ المذهب . أنّه يبرأ ، قاله القاضى . لأنّ أحمد قال فى الوديعة : إذا سلّمها المودع الى امرأته ، لم يضمنها ، ولأنّه مأذون فى ذلك عُرفاً ، أشبه مالو أذن فيه نطقاً . ومؤنة الردّ على المستعير ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » وقوله « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وعليه ردّها الى الموضع الذى أخذها منه ، إلاّ أن يتّفقا على ردّها إلى غيره ، لأنّ ما وجب ردّه لزم ردّه إلى موضعه ، كالمغصوب .

٣٨٦٠ (فصـــل)

ولا تصح العارية إلا من جائز التصرّف ، لأنه تصرّف فى المال ، فأشبه التصرّف بالبيع .

وتُنْعَقِدُ بكلّ فعل ، أو لفظ يدلّ عليها ، مثل قوله : أعرتُك هذا ، أو يدفع إليه شيئاً ، ويقول : بحتُك الانتفاع به ، أو خذ هذا ، فانتفع به ، أو يقول . أعِرْنِى هذا : أو أعطنيه أركبُه ، أو أحملُ عليه ،

ويسلّمه إليه ، وأشباه هذا ، لأنه إباحة للتصرّف؛ فصحّ بالقول ، والفعل الدالّ عليه، كإباحة الطعام بقوله، وتقديمه إلى الضيف .

٣٨٦١ (فصـــــل)

وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعةً مباحةً مع بقائهـا على الدوام ، كالدور ، والعقار ، والعبيد ، والجوارى ، والدوابّ ، والثياب ، والحُلِىّ للُّبس ، والفَحْل للضِّراب ، والكلب للصيد ، وغير ذلك ، لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم استعار أَدْرعاً[1] ، وذكر إعارة دلوها ، وفحلها ، وذكر ابن مسعود عاريةَ القِدر ، والميزان ، فيثبتُ الحـكم فى هذه الأشياء ، وما عداها مقيسٌ عليها ، إذا كان فى معناها ، ولأنّ ماجاز للمالك استيفاؤه من المنافع مَلَك إباحته ، إذا لم يمنع منه مانع ،كالثياب ، ولأنّها أعيانٌ تجوز إجارتها فجازت إعارتها ،كالثياب ، ويجوز استعارة الدراهم ، والدنانير ، ليزن بهـا ، فإن استعارها، ليُنفقها ، فهذا قَرْضٌ ، وهذا قول أصحاب الرأى ، وقيل . ليس هذا جائزاً ، ولا تـكون العارية فى الدنانير ، وليس له أن يشترى بها شيئاً .

ولنا : أن هـذا معنى القرض ، فانعقد القرض به ، كما لو صرّح به :

٣٨٦٢ (فصـــــل)

ولا تجوز إعارة العبد المسلم لـكافر ، لأنّه لا يجوز تمـكينه من استخدامه . فلم تجز إعارته لذلك ، ولا إعارة الصيد لُمحرِم ، لأنّه لا يجوز له إمساكه ، ولا إعارة المرأة الجميلة لرجل غير محْرَمها . إن كان يخلو بها ، أو ينظر إليها ، لأنّه لا يُؤمنُ عليها، وتجوز إعارتها لامرأة ، ولذى محْرَمها، ولا تجوز إعارة العين لنفع مُحرَّم ، كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر ، أو يبيعه فيها ، أو يعصى الله تعالى فيهـا ، ولا إعارة عبده للزمْر ، أو ليسقيه الخمر ، أو يحملها له ، أو يعصرها . أو نحو ذلك ، ويُكره أن يستعير والديه لخدْمته ، لأنه يُكره له استخدامهما ، فـكره استعارتهما ، لذلك .

٣٨٦٣ (فصـــــل)

وتجوز الإعارة مطلقاً ، ومقيداً ، لأنها إباحة ، فجاز فيها ذلك ، كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنّما تؤثّر فى العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أُبيح له الانتفاع به فى كلّ ماهو مستعدّ له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضاً مُطلقاً ، فله أن يزرع فيها ، ويغرس ، ويبنى ، ويفعل فيها كلّ ماهى معدّة له من الانتفاع، لأن الإذن مُطلق ، وإن أعاره للغراس ، أو للبناء ، فـله أن يزرع فيها ما شاء ، لأن ضرره دون ضررهما، فـكأنّـه استوفى بعض ما أذن له فيه . وان استعارها للزرع لم يغرس ، ولم يبن ، لأن ضررهما أكثر ،فلم يكن

---

(١) أدراعا : جمع درع ، وهو قميص من حلق الحديد يلبسه المحارب ليتقى به ضربات السيوف ونحوها .

الإذن فى القليل إذناً فى الـكثير ، وإن استعارها للغراس ، أو للبناء ، ملك المأذون فيه منهما ، دون الآخر ، لأنّ ضررهما مختلف ، فإنّ ضرر الغراس فى باطن الأرض ، لانتشار العروق فيها ، وضرر البنـاء فى ظاهرها ، فلم يكن الإذن فى أحدهما إذناً فى الآخر ، وإن استعارها لزرع الحِنطة ، فله زرعها ، وزرع ما هو أقلّ ضرراً منها ، كالشعير ، والباقلّى ، والعدَس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحِنطة ، لأن الرضى بزراعة شىء رضًى بضرره ، وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه ، كالذّرة ، والدُّخْن ، والقُطن ، لأن ضرره أكثرُ ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الإجارة ، فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه ، وسنذكر فى الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى . وإن أذن له فى زرع مرّةً لم يكن له أن يزرع أكثرَ منها . وإن أذن له فى غَرْس شجرة ، فانقلعت لم يكن له غرسُ أخرى ، وكذلك إن أذن له فى وضع خشَبةٍ على حائط ، فانكسرت ، لم يملك وضع أخرى ، لأن الإذن إذا اختصّ بشىء لم يتجاوزه .

٣٨٦٤ (فصـــــل)

وإن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه ، وبوكيله . لأنّ وكيله نائب عنه ، ويده كيده ، وليس له أن يؤجّره . لأنه لم يملك المنافع ، فلا يصحّ أن يملّكها . ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين ، وأجمعوا على أن للمستعير استعمالَ المعار فيما أُذِن له فيه . وليس له أن يُعيره غيرَه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقالوا فى الآخر : له ذلك . وهو قول أبى حنيفة . لأنه يملكه على حسب ما ملكه ، فجاز ، كما للمستأجر أن يؤجّر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوباً ليلبسه هو ، فأعطاه غيره ، فلبسه ، فهو ضامن ، وإن لم يُسَمِّ من يلبسه ، فلا ضمان عليه ، وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أُعيرَها ، فلا ضمان عليه .

ولنا : أن العارية إباحةُ المنفعة ، فلم يجز أن يُبيحها غيره ، كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة . لأنه ملك الانتفاع على كلّ وجهٍ ، فملك أن يُملّكها ، وفى العارية لم يملكها إنّما ملك استيفاءها على وجهٍ ما أُذِنَ له ، فأشبه من أُبيح له أكلُ الطعام ، فعلى هذا : إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يُطالب من شاء منهما ، لأن الأول سلّطه غيرُه على أخذ مال غيره ، بغير إذنه ، والثانى استوفاه بغير إذنه ، فإن ضمن الأول رجع على الثانى . لأن الاستيفاء حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول ، إلا أن يكون الثانى لم يَعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يَستقرّ الضمان على الأول ، لأنه غرّ الثانىَ ، ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عِوَض . وإن تلفت العين فى يد الثانى استقرّ الضمانُ عليه بكلّ حال . لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى ، وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد .

٣٨٦٥ (فصـــــل)

وإن أعاره شيئاً ، وأذن له فى إجارته مُدَّةً معلومةً ، أو فى إعارته مُطلقاً ، أو مدَّةً جاز . لأن الحق للمالك ، فجاز ما أذِن فيه . وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضى ، لأن عقد الإجارة لازم ، وتكون العين مضمونةً على المستعير ، غيرَ مضمونة على المستأجر . لأن عقد الإجارة لا يوجِبُ ضماناً ، وإن أجرَه بغير إذن لم تصح الإجارةُ ، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمينُ من شاء منهما ، على ما ذكرناه فى العارية .

٣٨٦٦ (فصـــــل)

ويجوز أن يستعير عبداً يرهنُه ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أنّ الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنُه عند رجلٍ على شيء معلوم إلى وقتٍ معلوم ، فرهن ذلك على ما أذِن له فيه أنّ ذلك جائز ، وذلك لأنّه استعاره ليقضى به حاجته ، فصحّ كسائر العوارى . ولا يُعتبر العـلم بقدر الدين ، وجنسه . لأن العارية لا يُعتبر فيها العلم . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحابُ الرأى ، وقال الشافعىّ : يُعتبر ذلك . لأن الضرر يختلف بذلك .

ولنا : أنها عارية لجنس من النفع ، فلم تُعتبر معرفة قدره ، كعارية الأرض للزرع ، ولا يصير المعير ضامناً للدين ، وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : يصير ضامناً له فى رقبة عبده . لأنّ العارية ما يستحقّ به منفعة العين ، والمنفعة ههنا للمالك ، فدلّ على أنه ضمان .

ولنا : أنه أعاره ليقضى منه حاجته ، فلم يكن ضامناً ، كسائر العوارى . وإنما يستحقّ بالعارية النفع المأذون فيه . وما عداه من النفع فهو لمالك العين ، وإن عيّن المعيرُ قدرَ الدين الذى يرهنه به ، وجنسه أو محلّا تعيّنَ . لأن العارية تتعيّن بالتعيين ، فإن خالفه فى الجنس لم يصحّ . لأنه عقدٌ لم يأذن له فيه . أشبه ما لو لم يأذن فى رهنه ، وكذلك إذا أذن له فى محلّ فخالفه فيه . لأنه إذا أذن له فى رهنه بدين مؤجّل فرهنه بحالّ فقد لا يجد ما يفُكّه به فى الحال ، وإن أذن فى رهنه بحالّ فرهنه بمؤجّل فلم يرضَ أن يحال بينه وبين عبده إلى أجلٍ لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدّره له لم يصحّ . لأنّ من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه : وإن رهنه بأنقص منه جاز . لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عُرفاً ، فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن ، فاشتراه بدونه ، وللمعير مُطالبة الراهن بفَكاك الرهن فى الحال ، سواء كان بدينٍ حالّ ، أو مؤجّل . لأنه للمعير الرجوعَ فى العارية متى شاء .

وإن حلّ الدين ، فلم يفكّه الراهن جاز بيعُه فى الدين . لأن ذلك مقتضى الرهن . فإذا بيع فى الدين ، أو تلف رجع السيّد على الراهن بقيمته . لأن العارية تُضمن بقيمتها . وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على

المرتهن . لأن الرهن لا يُضمن من غير تعدٍّ ، وان استعارا عبداً من رجلين ، فرهنه بمائة ، ثمّ قضى خمسين على أن تخرُج حصّة أحدهما لم تخرُج . لأنه رهنه بجميع الدين فى صَفْقـةٍ ، فلا ينفكّ بعضه بقضاء بعض الدين ، كما لو كان العبد لواحد .

٣٨٦٧ (فصــــل)

وتجوز العارية مُطلقةً ، ومؤقّتةً ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع فى العارية أىّ وقت شاء ، سواء كانت مُطلقةً ، أو مؤقّتةً ، ما لم يأذن فى شغله بشىء يتضرّر بالرجوع فيه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال مالك : إن كانت مؤقّتة فليس له الرجوع قبل الوقت . وإن لم تؤقّت له مدة لزمه تركه مدّةً ينتفع بها فى مثلها . لأن المعير قد ملّكه المنفعة فى مدّةٍ ، وصارت العينُ فى يده بعقد مُباح . فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك ، كالعبد الموصَى بخِدمته ، والمستأجَر .

ولنا : أن المنافع المستقبلة لم تحصُل فى يده ، فلم يملكها بالاعارة ، كما لو لم تحصل العين فى يده ، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصِى الرجوعُ ، ولم يملك الورثة الرجوع . لأن التبرّع من غيرهم ، وأما المستأجَر فإنه مملوكٌ بعقد مُعاوضةٍ ، فيلزم ، بخلاف مسألتنا ، ويجوز للمستعير الردّ متى شاء ، بغير خلاف نعلمه . لأنه إباحة ، فكان لمن أبيح له تركه ، كإباحة الطعام .

٣٨٦٨ (فصــــل)

وإذا أطلق المدّة فى العارية فله أن ينتفع بها ، ما لم يرجع . وإن وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع ، أو ينقضى الوقتُ . لأنه استباح ذلك بالإذن ، ففيما عدا محلّ الاذن يبقى على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ، ولا يبنى ، ولا يزرع بعد الوقت ، أو الرجوع . فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه ، وبنائه . وحكمه حكم الغاصب فى ذلك ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض ، على وجه العدوان . ويلزمه القلع وتسوية الحفر ، ونقص الأرض ، وسائر أحكام الغصب ، لأنه عدوان .

٣٨٦٩ (فصــــل)

فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع فى العارية فى أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع . لأن الرجوع يضرّ بالمستعير ، فلم يجز له الإضرار به ، مثل أن يعيره لوحاً يَرْقَعُ به سفينتَه ، فرقعها به ، ولَجَّجَ بها(١) فى البحر لم يجز الرجوع ، ما دامت فى البحر ، وله الرجوع قبل دخولها فى البحر ، وبعد الخروج منه ، لعدم الضرر فيه .

(١) لجج بها فى البحر : خاض بها لججه ، واللجج بضم اللام جمع لجة وهى معظم الماء ، ويقال لجج تلجيجا إذا خاض اللجة .

وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ، ما لم يُدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يَبْلَ الميّتُ ، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز ، كما تجوز إعارة الأرض للبناء ، والغراس . وله الرجوع ما لم يضعه ، وبعد وضعه ما لم يَبْنِ عليه . لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع ، لما فى ذلك من هدم البناء ، وإن قال : أنا أدفع إليك أرشَ ما نقصَ بالقلع لم يلزم المستعيرَ ذلك . لأنه إذا قلعه انقلع مافى ملك المستعير منه . ولا يجب على المستعير قلعُ شيء من ملكه بضمان القيمة ، وإن انهدم الحائط ، وزال الخشبُ عنه ، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته ، سواء بنى الحائط بآلته ، أو بغيرها . لأن العارية لا تلزم ، وإنّما امتنع الرجوع قبل انهدامه ، لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون فى وضعه ، وقد زال ذلك . وكذلك إذا سقط الخشبُ والحائط بحاله .

وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ، ما لم يزرع ، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها ، إلى أن ينتهى الزرع ، فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك ، نصّ عليه أحمد . لأن له وقتاً ينتهى إليه . فإن كان مما يُحصَد قَصيلاً فله الرجوع فى وقت إمكان حصاده ، لعدم الضرر فيه . وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهى .

وإن أذن له فى البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه ، فإذا غرس ، وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء ، لأنّه لم يتعلّق به مِلك المستعير ، ولا ضررَ عليه فى الرجوع منه ، فأشبه ما لو لم يبن فى الأرض شيئاً ، ولم يغرس فيها ، ثم إن اختار المستعيرأخذ بنائه ، وغِراسه فله ذلك . لأنه مِلْكُه ، فملك نقله. ولا يلزمه تسويةُ الحفر ، ذكره القاضى . لأن المستعير رضى بذلك ، حيث أعاره مع علمه بأنّ له قلْع غرسه . ويحتمل أنّ عليه تسوية الحفر ، لأن القلع باختياره ، فإنّه لو امتنع منه لم يُجبر عليه ، فلزمه تسويةُ الحفر ، كما لو خرّب أرضَه التى لم يستعرها .

وإن أبى القلع ، فبذل له المعير ما ينقص بالقلع ، أو قيمة غراسه ، وبنائه قائماً ، ليأخذه المعير أُجْبِرِ المستعيرُ عليه . لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار ، وإن قال المستعير : أنا أدفع قيمةَ الأرض لتصير لى لم يكن له ، لأن الغراس تابع ، والأرض أصل . ولذلك يتبعها الغراس ، والبناء فى البيع ، ولا تتبعهما ، وبهذا كلّه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُطالب المستعيرُ بالقلع من غير ضمان ، إلاّ أن يكون أعاره مدّةً معلومةً ، فرجع فيها قبل انقضائها . لأن المعير لم يغرّه ، فكان عليه القلع ، كما لو شرطه عليه .

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع ، فلم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت ، وقولهم لم يغُره ممنوع ، فإنّ الغِراس ، والبناء ، يُراد للتبقية ، وتقدير المدّة ينصرف إلى

ابتدائه ، كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدّة . فإن امتنع المعير من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، ودفع الأجرة لم يقلع . لأن الإعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام ، وتضرّ إزالته رضاً بالإبقاء ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » يدلّ بمفهومه على أن العرق الذى ليس بظالم له حقّ . فعند ذلك إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ، ودفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقّه ، فيقال : كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية ؟ فإذا قيل : عشرة . قلنا . وكم تُساوى مغروسةً ومبنيةً ؟ فإن قالوا : خمسة عشر . قلنا : فللمعير ثلثا الثمن ، وللمستعير ثلثه ، وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما ، وللمعير دخول أرضه كيف شاء ، والانتفاع بها بما لا يضرّ الغِراس والبناء ، ولا ينتفع بهما ، وليس لصاحب الغراس ، والبناء الدخول إلا لحاجةٍ ، مثل السقى ، وإصلاح الثمرة . لأن الإذن فى الغِراس إذن فيما يعود بصلاحه ، وأخذ ثماره ، وسقيه ، وليس له دخولها للتفرّج . لأنه قد رجع فى الاذن له ، ولكلٍّ واحد منهما بيع ما يختصّ به من الملك منفرداً ، فيكون للمشترى مثلُ ما كان لبائعه .

وقال بعض أصحاب الشافعىّ : ليس للمستعير بيع الشجر . لأن ملكه فيه غيرُ مستقرّ ، بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته . قلنا : عدم استقراره لا يمنع بيعه ، بدليل الشِّقص المشفوع ، والصداق قبل الدخول ، وفى جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ، وردّ العارية غير مشغولةٍ لزمه ذلك ، لأن المسلمين على شروطهم ، ولأن العارية مُقيّدة غيرُ مُطلقةٍ ، فلم تتناول ما عدا المقيّد . لأن المستعير دخل فى العارية راضياً بالتزام الضّرر الداخل عليه بالقلع . وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه . ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وأما تسوية الُحفَر الحاصلة بالقلع : فإن كانت مشروطةً عليه لزمه، لما ذكرنا ، وإلا لم يلزم . لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ، ونحوه ، حيثُ اشترط القلع . ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً فى شىء من هذه المسائل ، إلاّ فيما إذا استعار أرضاً للزرع ، فزرعها، ثم رجع المعيرُ فيها قبل كمال الزرع ، فإنّ عليه أجرَ مثله من حين رجع المعيرُ . لأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففى دفع الأجر جمعٌ بين الحقّين ، فيخرّج فى سائر المسائل مثل ، هذا لوجود هذا المعنى فيه ، ويحتمل أن لا يجب الأجر فى شىء من المواضع . لأن حكم العارية باقٍ فيه ، لكونها صارت لازمةً للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارةُ تقتضى الانتفاع بغير عِوَض .

٣٨٧٠ (فصــل)

وإذا استعار دابة ليركبها جاز . لأن إجارتها لذلك جائزة ، والاعارة أوسع ، لجوازها فيما لا تجوز إجارته ، مثل إعارة الكلب للصيد ، فإن استعارها إلى موضع ، فجاوزه ، فقد تعدّى ، وعليه الأجرة للزيادة

خاصّةً ، فإذا استعارها إلى طَبَرِيَّـةَ ، فتجاوز إلى القُدْس ، فعليه أجر ما بين طَبَرِيَّـةَ والقدس خاصّة ، وإن اختلفا : فقال المالك : أعرتُـكها إلى طَبَرِيَّـةَ ، وقال المستعير : أعرتَنيها إلى القُدس . فالقولُ قول المالك وبهـذا قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك : إن كان يُشبه ما قال المستعير فالقولُ قوله ، وعليه الضمان .

ولنـا : أن المالك مدّعى عليه ، فـكان القولُ قولَه ، لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « وَلَـكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » .

٣٨٧١ (فصـل)

ومن استعار شيئاً ، فانتفع به ، ثم ظهر مستَحَقًّا فلمالـكه أجرُ مثـله ، يطالب به من شاء منهما ، فإن ضمن المستعيرُ رجع على المعير بما غرم . لأنه غرّه بذلك ، وغرّمه . لأنه دخل على أن لا أجر له ، وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد ، فإن الضمان استقرّ عليه ، قال أحمد فى قَصَّـارٍ دفع ثوباً إلى غير صاحبه ، فلبسه ، فالضمان على القَصَّار دون اللابس . وإن تلف فالقيمة تستقرّ على المستعير ، لأنّه دخل على أن العين مضمونة عليه ، فإن ضمن المعير رجع على المستعير ، وإن ضمن المستعير لم يرجع على أحد . لأن الضمان استقرّ عليه ، وإن نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص ، فإن قلنا : هو على المستعير فحـكمه حكم القيمة ، وإن قلنا : هو على المعير فهو كالأجر على ما بيّناه .

٣٨٧٢ (فصـــل)

وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرضِ غيره ، فنبت فيها لم يُجبر على قلعه ، وقال أصحاب الشافعيّ فى أحد الوجهين : يُجبَرُ على ذلك ، إذا طالبه ربّ الأرض به . لأن ملـكه حصل فى ملك غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرتِه فى هواء ملك جاره .

ولنـا : أن قلعه إتلاف للمال على مالـكه ، ولم يوجد منه تفريط ، ولا يدوم ضرره ، فلا يُجبر على ذلك ، كما لو حصلت دابته فى دار غيره ، على وجهٍ لا يمـكن خروجها إلا بقلع الباب ، أو قَتْلها ، فإننا لا نَجْبرهُ على قَتْلها ، ويُفارق أغصان الشجرة ، فإنّه يدوم ضرره ، ولا يُعرف قدر ما يشغل من الهواء ، فيؤدّى أجره .

إذا ثبت هذا : فإنهُ يقَرُّ فى الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله ، وقال القاضى : ليس عليه أجر . لأنه حصل فى أرض غيره ، بغير تفريطه ، فأشبه ما لو باتت دابّته فى أرض إنسان بغير تفريطه ، وهذا بعيد . لأن إلزامه تبقيةَ زرعٍ ما أذِنَ فيه فى أرضه ، بغير أجر ، ولا انتفاع ، إضرار به ، وشَغْلٌ لملـكه بغير

اختياره ، من غير عِوَض ، فلم يجز ، كما لو أراد إبقاء بهيمته فى دار غيره عاماً ، ويفارق مَبيتها . لأن ذلك لا يُجبر المالك عليه ، ولا يُمنع من إخراجها ، فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به ، بخلاف مسألتنا ، ويكون الزرع لمالك البذر . لأنه من عين ماله .

ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب ، على ما سنذكره . لأنه حصل فى أرضه بغير إذنه ، فأشبه ما لو زرعه مالكه ، والأول أولى لأنّ هذا بغير عدوان ، وقد أمكن جَبْرُ حقّ مالك الأرض بدفع الأجر إليه . وإن أحبّ مالكه قلعه ، فله ذلك ، وعليه تسوية الحُفَر ، وما نقصت الأرضُ . لأنه أدخل النقص على ملك غيره ، لاستصلاح ملكه ، فأشبه المستعير ، وأما إن كان السيلُ حمل نوًى فنبت شجراً فى أرض غيره ، كالزيتون والنخيل ، ونحوه ، فهو لمالك النوى . لأنه من نماء ملكه ، فهو كالزرع ، ويُجبر على قلعه ههنا ، لأن ضرره يدوم ، فأُجْبِر على إزالته ، كأغصان الشجرة المنتشر فى هواء ملك غير مالكها .

وإن حمل السيل أرضاً بشجرها ، فنبت فى أرض آخر ، كما كانت ، فهى لمالكها ، يُجبر على إزالتها ، كما ذكرنا ، وفى كلّ ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزروع ذلك لصاحب الأرض التى انتقل إليها لم يلزمه نقله ، ولا أجر ولا غير ذلك . لأنه حصل بغير تفريطه ، ولا عُدوانه ، وكانت الخِيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به ، إن شاء أخذه لنفسه ، وإن شاء قلعه .

٣٨٧٣ (فصـــــل)

وإذا اختلف ربّ الدابّة ، وراكبها ، فقال الراكبُ : هى عارية ، وقال المالك : بل أكتريتُها ، فإن كانت الدابّة باقيةً : لم يخلُ من أن يكون الاختلاف عقيب العقد ، أو بعد مُضىّ مدّة لمثلها أجر ، فإن كان عقيب العقد فالقولُ قولُ الراكب . لأن الأصل عدم عقد الاجارة ، وبراءة ذمّة الراكب منها ، فيحلف ، ويردّ الدابّة إلى مالكها ، لأنها عارية . وكذلك إن ادّعى المالك أنّها عارية ، وقال الراكب : بل أكتريْتُها ، فالقول قولُ المالك مع يمينه ، لما ذكرنا ، وإن كان الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر ، فادّعى المالك الاجارة ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، وحُكى ذلك عن مالك ، وقال أصحاب الرأى : القول قول الراكب ، وهو منصـــوص الشافعىّ ، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب ، وادّعى المالك عِوَضاً لها ، والأصلُ عدمُ وجوبه ، وبراءة ذمة الراكب منه ، فكان القـولُ قولَه .

ولنا : أنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب ، فكان القول قول المالك ، كما لو اختلفا فى عينٍ ، فقال المالكِ : بعتُكها ، وقال الآخر : وَهَبْتَنِيها ، ولأن المنافع تجرى

مجرى الأعيان فى الملك ، والعقد عليها ، ولو اختلفا فى الأعيان كان القول قول المالك ، كذا ههنا . وما ذكروه يبطلُ بهذه المسألة ، ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لهـا ، فيكون القول قوله فى كيفية الانتقال ، كالأعيان ، فيحلف المالك ، ويستحقّ الأجر ، وفى قدره وجهان :

أحدهما : أجر المثل . لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا فى قدره وجب أجر المثل . فمع الاختلاف فى أصله أولى .

والثانى : المسمَّى. لأنه وجب بقول المالك، ويمينه ، فوجب ما حَلَفَ عليه كالأصل وإن كان اختلافهما فى أثناء المدّة ، فالقول قول الراكب فيما مضى منها ، والقول قول المستعير فيما بقى ، لأن ما بقى بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد .

وإن ادّعى المالك فى هذه الصورة أنّها عارية ، وادّعى الراكب أنها بأجر ، فالراكب يدّعى استحقاق المنافع ، ويعترف بالأجر للمالك ، والمالكُ يُنكر ذلك كلّه . فالقولُ قوله مع يمينه ، فيحلفُ ، ويأخذ بهيمته .

وإن اختلفا فى ذلك بعد تلف البهيمة قَبْلَ مُضىّ مدّةٍ لمثلها أجرٌ فالقول قول المالك ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة ، لأنه إن ادّعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمّته من ضمانها . فيقبل إقراره على نفسه .

وإن ادّعى الإعارة فهو يَدّعى قيمتها ، فالقول قوله . لأنهما اختلفا فى صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » فإذا حلف المالك استحقّ القيمة ، والقول فى قدرها قول الراكب مع يمينه ، لأنه يُنكر الزيادة المختلَف فيها ، والأصل عدمُها ، وإن اختلفا فى ذلك بعد مضىّ مدّةٍ لمثلها أجر ، وتلف البهيمة ، وكان الأجر بقدر قيمتها ، أو كان ما يدّعيه المالك منهما أقلّ ممّا يعترف به الراكب ، فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة . إذ لا فائدة فى اليمين على شىء يعترف له به .

ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين ، لأنه يدّعى شيئاً لا يُصدَّق فيه ، ويعترف له الراكب بما لا يدّعيه ، فيحلف على ما يدّعيه ، وإن كان ما يدّعيه المالك أكثر ، مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها ، فادّعى المالك أنها عارية لتجبَ له القيمة ، وأنكر استحقاق الأجرة ، وادّعى الراكب أنها مُكتراةٌ ، أو كان الكِراء أكثر من قيمتها ، فادّعى المالك أنه أجّرها ليجبَ له الكِراء ، وادّعى الراكب أنها

عارية ، فالقولُ قول المالك . فى الصورتين ، لما قدّمنا ، فإذا حلف استحقّ ما حلف عليه ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا كلّه نحو ما ذكرنا .

٣٨٧٤ (فصــــل)

وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب : بل أعَرْتَنيها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد ، والدّابة قائمة لم يتلف منها شيء ، فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ المالك بهيمتَه ، وكذلك إن كانت الدابّة تالفةً . لأن القيمة تجبُ على المستعير ، كوجوبها على الغاصب ، وإن كان الاختلاف بعد مُضىّ مدّة لمثلها أجر فالاختلاف فى وجوبه ، والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعىّ . ونقل المُزَنِىّ عنه : أن القول قول الراكب ، لأن المالك يَدّعى عليه عِوَضاً الأصلُ براءةُ ذمّته منه ، ولأنّ الظاهر من اليد أنّها بحقّ ، فكان القول قولَ صاحبها .

ولنا : ما قدّمنا فى الفصل الذى قبل هذا ، بل هذا أولى . لأنهما ثَمّ اتفقا على أن المنافع ملك للراكب. وههنا لم يتّفقا على ذلك ، فإنّ المالك يُنكر انتقال الملك فيها إلى الراكب ، والراكب يدّعيه . والقول قول المنكر . لأن الأصل عدمُ الانتقال ، فيحلف ، ويستحقّ الأجر ، وإن قال المالك : غصبتَها ، وقال الراكب : أجّرْتَنيها فالاختلاف ههنا فى وجوب القيمة . لأن الأجر يجبُ فى الموضعين ، إلا أن يختلف المسمّى وأجرُ المثل ، والقول قول المالك مع يمينه . فإن كانت الدابّة تالفةً عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدّةً لمثلها أجر ، والمسمّى بقدر أجر المثل . أخذه المالك ، لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجرُ المثل دون المسمّى ، وفى اليمين وجهان ، وإن كان زائداً على المسمّى لم يستحقّه إلا بيمين ، وجهاً واحداً .

كتاب الغصب

الغصب : هو الاستيلاء على مال غيره بغير حقّ ، وهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : (٤ : ٢٩ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) وقوله تعالى (٢ : ١٨٨ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) وقوله تعالى : (٥ : ٣٨ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا) والسرقة نوع من الغَصْب .

وأما السّنة : فروى جابر : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خُطبته يوم النحر « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » رواه مسلم ، وغيره . وعن سعيد بن زيد قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلماً طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » متفق عليه . وروى أبو حرة الرّقَاشِيّ ، عن عمّه ، وعمرو بنُ يَثْرِبِيٍّ ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » رواه أبو إسحاق الْجُوزَجَانِيّ ، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنّما اختلفوا فى فروع منه .

إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه ردُّه ما كان باقياً ، بغير خلاف نعلمه : لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأن حقّ المغصوب منه مُعلّق بعين ماله ، وماليّته ، ولا يتحقّق ذلك إلا بردّه ، فإن تلف فى يده لزمه بدله ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٤ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) ولأنه لما تعذّر ردّ العين وجب ردّ مايقوم مقامها فى المالية ، ثمّ ينظر : فإن كان ممّا تتماثل أجزاؤه ، وتتفاوت صفاته ، كالحبوب ، والأدهان ، وجب مثلُه ، لأنّ المثل أقربُ إليه من القيمة ، وهو مماثل له من طريق الصورة ، والمشاهدة ، والمعنى ، والقيمة مماثلةٌ من طريق الظنّ ، والاجتهاد ، فكان ما طريقه المشاهدة مُقدّماً كما يقدّم النصُّ على القياس ، لكون النصّ طريقةَ الإدراك بالسّماع ، والقياسُ طريقةُ الظنُّ ، والاجتهاد .

وإن كان غير متقارب الصفات ، وهو ما عدا المكيل ، والموزون ، وجبت قيمتُه فى قول الجماعة ، وحُكى عن العنبريّ : يجب فى كلّ شىء مثله ، لما روت جَسْرَةُ بنتُ دَجَاجَةَ ، عن عائشة رضى الله عنها

أنها قالت « مَا رَأَيْتُ صَانِعاً مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَاماً ، فَبَعَثَتْ بِهِ إلى النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم ، فَأَخَذَنِى الأَفْكَلُ(١) فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يا رَسُولَ اللهِ ، ما كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ فقال : إِنَاءٌ مِثْلُ الإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ ، رواه أبو داود ، وعن أنس « أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النبيِّ صلّى الله عليه وسلّم كَسَرَتْ قَصْعَةُ الأُخْرَى ، فَدَفَعَ النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم قَصْعَةَ الكَاسِرَةِ إلى رَسُولِ صَاحِبَةِ المَكْسُورَةِ ، وحَبَس المَكْسُورَةَ فى بَيْتِهِ » رواه أبو داود مُطوّلاً ، ورواه الترمذىّ نحوه ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً وردّ مثله(٢) .

ولنا : ماروى عبد الله بن عمر : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قيمة العَدْلِ » متفق عليه . فأمر بالتقويم فى حصّة الشريك ، لأنها مُتلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل، ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها ، وتتباين صفاتها ، فالقيمة فيها أعدلُ ، وأقربُ إليها ، فكانت أولى ، وأما الخبر فمحمول على أنه جوّز ذلك بالتراضى ، وقد علم أنها ترضى بذلك .

٣٨٧٥ (فصل)

وما تماثل أجزاؤه ، وتتقارب صفاته ، كالدراهم ، والدنانير ، والحبوب ، والأدهان ، ضُمن بمثله ، بغير خلاف . قال ابن عبد البرّ : كلّ مطعوم من مأكول ، أو مشروب ، فمجمَعٌ على أنّه يجبُ على مستهلكه مثلُه ، لا قيمتُه . وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد : أنه يُضمن بمثله أيضاً ، فإنه قال فى رواية حرب وإبراهيم بن هانى : ما كان من الدراهم والدنانير ، وما يُكال ، ويوزن فعليه مثله ، دون القيمة . فظاهر هذا وجوب المثل فى كل مكيلٍ ، وموزون ، إلاّ أن يكون ممّا فيه صناعة ، كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرّصاص من الأوانى ، والآلات ، ونحوها ، والحُلِىّ من الذهب، والفضّة ، وشبهه ، والمنسوج من الحرير ، والكتّان ، والقطن ، والصوف ، والشعر ، والمغزول من ذلك ، فإنه يُضمن بقيمته . لأنّ الصناعة تؤثّر فى قيمته ، وهى مختلفة ، فالقيمة فيه أحصَرُ ، فاشبه غير المكيل ، والموزون . وذكر القاضى : أن النُّقْرَةَ(٣) والسَّبِيكَةَ من الأثمان ، والعِنَب ، والرُّطَب والكُمَّثْرَى يُضمن بقيمته ، وظاهر كلام أحمد يدلّ على ما قلنا : وإنّما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ، ويحتمل أن يضمن النُّقْرَةَ بقيمتها ، لتعذّر وجود مثلها ، إلا بتكسير الدراهم المضروبة ، وسَبْكها . وفيه إتلاف .

(١) الأفكل : الرعدة .

(٢) البعير الذى رده الرسول صلى الله عليه وسلم كان خيرا من البعير الذى استسلفه ، وكانت الزيادة تبرعا من الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٣) النقرة : القطعة المذابة الن الذهب والفضة ، والسبيكه المسبوكة .

فعلى هذا : إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمتُه من غالب نقد البلد ، فإن كانت من غير جنسه وجبت بكلّ حال ، وإن كانت من جنسه فكانت موزونةً وجبت قيمته ، وإن كانت أقلّ ، أو أكثر قُوِّم بغير جنسه لئلاّ يؤدّى إلى الربا .

وقال القاضى : إن كانت فيه صناعة مباحة، فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه ، لأنّ ذلك قيمته، والصناعة لها قيمة ، وكذلك لو كسّر الحُلِىُ وجب أرْشُ كسْرِه ، ويخالف البيع . لأن الصناعة لا يُقابلها العِوَض فى العقود ، ويُقابلها فى الإتلاف ، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد ، وتنفرد بضمانها بالإتلاف ، قال بعض أصحاب الشافعىّ هذا مذهب الشافعىّ ، وذكر بعضهم مثل القول الأول ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب . لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض ، فالزيادة فيه رباً ، كالبيع وكالنقص .

وقد قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا كَسَر الحُلِىَ يصلحه أحبُّ إلىّ . قال القاضى : وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك ، لا أنّه على طريق الوجوب ، وهذا فيما إذا كانت الصناعة مُباحةً ، فإن كانت محرّمة ، كالأوانى ، وحُلِىّ الرّجال لم يَجُز ضمانه بأكثر من وزنه ، وجهاً واحداً . لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً ، فهى كالمعدومة .

٣٨٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب أرضا ، فغرسها أُخِذَ بقلع غرْسه ، وأُجْرتِها إلى وقت تسليمها ، ومقدار نُقصانها إن كان نقصها الغَرْسُ ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

٣٨٧٧ أحدها

أنه يتصوّر غصب العقار من الأراضى ، والدور ، ويجب ضمانُها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، ومحمد ابن الحسن، ورَوى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً ، فزرعها ، ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان شيئا من السماء لم يكن عليه شىء ، وظاهر هذا : أنها لا تُضمن بالغصب . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يتصوّر غصبها ، ولا تُضمن بالغصب . وإن أتلفها ضمنها بالاتلاف ، لأنه لا يوجد فيها النقل ، والتحريم ، فلم يضمنها ، كما لو حال بينه وبين متاعه ، فتلف المتاع . لأن الغصب إثباتُ اليد على المال عُدواناً على وجه تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك فى العَقار .

ولنا قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ ظَلَم قِيدَ شِبْرٍ مِنَ الارْض طُوِّقَهُ يوْمَ القِيامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » رواه البخارىّ عن عائشة ، وفى لفظ « مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنَ الارْض » فأخبر النبىّ صلّى الله

عليه وسلم أنه يُغصب ويُظلم فيه ، ولأنّ ما ضُمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب ، كالمنقول ، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجهٍ يحول بينه وبين مالكه ، مثل أن يسكن الدار ، ويمنع مالكها من دخولها ، فأشبه ما لو أخذ الدابّة ، والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه ، فما استولى على ماله فنظيرُه ههنا ، أن يُحبس المالك ، ولا يُستولى على داره ، وأما ماتلف من الأرض بفعله ، أو سبب فعله ، كهدم حيطانها ، وتغريقها ، وكَشْطِ ترابها ، وإلقاءالحجارة فيها ، أو نقص يحصُل بغرسه ، أو بنائه ، فيضمنه بغير اختلاف فى المذهب ، ولا بين العلماء . لأن هذا إتلاف ، والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف ، ولا يحصُل الغصبُ من غير استيلاء . فلو دخل أرض إنسان ، أو داره لم يضمنها بدخوله ، سواء دخلها بإذنه ، أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها ، أو لم يسكن ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : إن دخلها بغير إذنه ، ولم يسكن صاحبها فيها ضمنها ، سواء قصد ذلك ، أو ظنّ أنها داره ، أو دارٌ أذن له فى دخولها . لأنّ يد الداخل ثبتت عليها بذلك ، فيصيرُ غاصباً ، فإنّ الغصب إثبات اليد العادية ، وهذا قد ثبتت يده ، بدليل أنهما لو تنازعا فى الدار ، ولا بيّنةَ لهما حُكم بها لمن هو فيها ، دون الخارج منها .

ولنا : أنه غير مُستولٍ عليها ، فلم يضمنها ، كما لو دخلها بإذنه ، أو دخل صحراءه ، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه فى العارية ، وهذا لا يثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ، فكذلك لا يثبت به الغصب ، إذا كان بغير إذن .

٣٨٧٨ (الفصل الثانى)

أنه إذا غرس فى أرض غيره بغير إذنه ، أو بنى فيها ، فطلب صاحب الأرض قلع غراسه ، أو بنائه ، لزم الغاصب ذلك . ولا نعلم فيه خلافاً . لما روى سعيدُ بن زيد ، بن عمرو ، بن نُفَيل : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال حديث حسن . وروى أبو داود ، وأبوعبيد فى الحديث : أنه قال « فَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الَّذِي حَدَّثَنِي هذَا الحَدِيثَ : أَنَّ رَجُلاً غَرَسَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنْ الأَنْصارِ مِنْ بني بَيَاضَةَ فاخْتَصَمَا إِلَى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، فقَضَى للرَّجُل بأَرْضِه ، وَقَضَى لِلآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَخْلَهُ ، قالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُها تُضْرَبُ فِي أُصُولِها بالفُئوسِ ، وَإِنّها لنَخْلٌ عُمٌّ[1] » ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذى لا حرمة له فى نفسه ، بغير إذنه ، فلزمه تفريغه ، كما لو جعل فيه قماشاً ، وإذا قلعها لزمه تسوية الحُفَر ، وردّ الأرض إلى ما كانت عليه ، لأنه ضررٌ حصل بفعله فى ملك غيره ، فلزمته إزالته ، وإن أراد صاحبُ الأرض أخذ الشجر ، والبناء بغير عِوَض لم يكن له ذلك . لأنه عينُ

(١) العم : بفتح العين كثيرا وقد تضم : النخل الطوال .

مالِ الغاصب ، فلم يملك صاحبُ الأرض أخذه ، كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيوانا ، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكهُ إلاّ القلع فله القلعُ . لأنه مِلْكه ، فملك نقله ، ولا يجُبر على أخذ القيمة . لأنها معاوضة ، فلم يُجبر عليها ، وإن اتفق على تعويضه عنه بالقيمة ، أو غيرها جاز . لأن الحقّ لهما ، فجاز ما اتفقا عليه .

وإن وهب الغاصب الغراس ، والبناء لمالك الأرض ، ليتخلّص من قلعه وقبله المالك جاز ، وإن أبى قبوله ، وكان فى قلعه غرض صحيح لم يُجبر على قبوله ، لما تقدّم .

وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح احتمل أن يُجبر على قبوله . لأن فيه رفعَ الخصومة من غير غرض يفُوت ، ويحتمل أن يُجبر . لأن فيه إجباراً على عقدٍ يُعتبر الرضى فيه .

وإن غصب أرضاً ، وغراساً من رجل واحد ، فغرسه فيه ، فالكلّ لمالك الأرض ، فإن طالبه المالك بقلعه ، وفى قلعه غرض أُجْبِرَ على قلعه . لأنه فوّت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض ، فأُخِذ بإعادتها إلى ما كانت ، وعليه تسويةُ الأرض ، ونقصُها ، ونقصُ الغِراس ، لما ذكرنا . وإن لم يكن فى قلعه غرض لم يُجبر على قلعه . لأنهَ سَفَهٌ فلا يُجبر على السفه . وقيل : يجبر لأن المالك محكمٌ فى ملكه ، والغاصب غيرُ محكّم . فإن أراد الغاصب قلعه ، ومنعه الحاكم لم يملك قلعه . لأن الجميع ملكٌ للمغصوب منه ، فلم يملك غيرُه التصرّف فيه بغير إذنه .

٣٨٧٩ (فصـــل)

والحكم فيما إذا بنى فى الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه ، إلاّ أنه يتخرّج أنّه إذا بذل مالك الأرض القيمةَ لصاحب البناء أُجبر على قبولها ، إذا لم يكن فى النقض غرضٌ صحيح. لأن النقض سفَهٌ . والأول أصحّ . لما روَى الخلاّل بإسناده ، عن الزهرىّ ، عن عُروةَ ، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَنَى فِي رِباعِ قَوْمٍ بإذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِإذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ » ولأن ذلك معاوضة ، فلا يُجبر عليها ، وإذا كانت الآلة من تراب الأرض ، وأحجارها ، فليس للغاصب النقضُ على ما ذكرنا فى الغَرْس .

٣٨٨٠ (فصـــل)

وإن غصب داراً ، فجصّصها ، وزوّقها ، وطالبه ربُّها بإزالته ، وفى إزالته غرض لزمه إزالتُه ، وأرشُ نقصِها إن نقصت ، وإن لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصبُ لمالكها أُجْبِر على قبوله . لأن ذلك صفةٌ فى الدار ، فأشبه قِصَارةَ الثوب ، ويحتمل أن يُجبر لأنّها أعيانٌ مُتَميّزة ، فصارت بمنزلة القُماش ، وإن طلب الغاصب قلعه ، ومنعه المالك ، وكان له قيمة بعد الكشط ، فللغاصب قلعه ، كما يملك قلع غراسه ، سواء بذل له المالك قيمته ، أو لم يبذُل ، وإن لم يكن له قيمة ففيه وجهان :

أحدهما : يملك قلعه : لأنه عينُ ماله .

والثانى : لا يملك لأنه سفَهٌ يضرّ ، ولا ينفع . فلم يُجبر عليه ، وإن بذل المالك له قيمته ليتركه .

٣٨٨١ (فصــل)

وإن غصب أرضاً ، وكشط ترابها لزمه ردُّه ، وفرشهُ على ما كان ، إن طلبه المالك ، وكان فيه غرضٌ صحيح ، وإن لم يكن فيهغرض ، فهل يُجْبَرُ على فرشه؟ يحتمل وجهين. وإن منعه المالك فرشه، أو ردّه ،وطلب الغاصبُ ذلك ، وكان فى ردّه غرض من إزالة ضررٍ ، أو ضمانٍ ، فله فرشُه ، وردّه ، وعليه أجرُ مثلها مدّة شَغْلها، وأجرُ نقصها .

وإن أخذ تراب أرض ، فضرب به لبِناً ردّه ، ولا شىء له ، إلاّ أن يكون قد جعل فيه تِبناً له ، فيكون له أن يَحُلّه ، ويأخذ تِبْنه .

وإن كان لا يحصل منه شىء ففيه وجهان ، بناء على كشط التزويق ، إذا لم يكن له قيمة .

وإن طالبه المالك بحلّه لزمه ذلك ، إذا كان فيه غرض ، وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين ، وإن جعله آجُرًّا ، أو فَخّاراً لزمه ردُّه ، ولا أجر له لعمله ، وليس له كسرُه ، ولا للمالك إجبارُه عليه . لأن ذلك سَفَهٌ لا يُفيد ، وإتلافٌ للمال ، وإضاعةٌ له ، وقد نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

٣٨٨٢ (فصــل)

وإن غصب أرضاً ، فحفر فيها بئراً ، فطالبه المالك بِطَمِّها[١] لزمه ذلك . لأنه يضرّ بالأرض . ولأن التراب ملكه نقله من موضعه ، فلزمه ردّه ، كتراب الأرض ، وكذلك إن حفر فيها نهراً ، أو حفر بئراً فى ملك رجل بغير إذنه .

وإن أراد الغاصب طمّها ، فمنعه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض فى طَمِّها ، بأن يسقُط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه ، فله الردّ لما فيه من الغرض ، وبهذا قال الشافعىّ .

وإن لم يكن له غرض فى طَمِّ البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب فى ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه ، ممّا حَفَر ، وأَذِن فيه . لم يكن له طـمُّها فى أحد الوجهين ، لأنه إتلاف لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله ، كما لو غصبُ نُقْرَةً ، فطبَعها دَرَاهِمَ ، ثم أراد جعلها نُقْرَةً ، وبهذ قال أبو حنيفة ، والمزنىّ ، وبعضُ الشافعيّة .

---

(١) طمها : ردمها وإعادتها كما كانت.

وقال بعضهم : له طـمُّها ، وهو الوجه الثانى لنا . لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك ، لأنه إبراء مما لم يجب بعدُ ، وهو أيضاً إبراء من حقّ غيره وهو الواقع فيها .

ولنا : أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدّى . فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدّى ، فزال الضمانُ . وليس هذا إبراء ممّا لم يجب ، وإنّما هو إسقاط التعدِّى برضائه به ، وهكذا ينبغى أن يكون إذا لم يتلفّظ بالإبراء ، ولـكن منعه من طَـمِّها : لأنه يتضمَّنُ رضاه بذلك .

٣٨٨٣ (الفصـــل الثالث)

أن على الغاصب أجر الأرض منذُ غصَبها إلى وقت تسليمها ، وهكذا كلّ ما له أجرٌ ، فعلى الغاصب أجرَ مثـله ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها حتى ذهبت . لأنَّها تلفت فى يده العاديَـةِ ، فـكان عليه عِوَضها ، كالأعيان .

وإن غصب أرضاً ، فبناها داراً ، فإن كانت آلاتُ بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض ، دون بنائها ، لأنه إنّما غصب الأرض، والبناء له . فلم يلزمه أجرُ ماله .

وإن بناها بتراب منها ، وآلاتِ المغصوب منه ، فعليه أجرُها مبنيّة ، لأنّ الدار كلّها ملك المغصوب منه ، وإنّما للغاصب فيها أثر الفعل ، فلا يكون فى مقابلته أجرٌ . لأنه وقع عدواناً .

وإن غصب داراً فنقضها، ولَمْ يَبْنِها ، فعليه أجر دارٍ إلى حين نقضها ، وأجرها مهدومةً من حين ردّها لأن البناء انهدم ، وتلف ، فلم يجب أجره مع تلفها .

وإن نقضها ثم بناها بآلةٍ من عنده ، فالحـكم فيها كذلك .

وإن بناها بآلتها أو آلةٍ من ترابها ، أو ملك المغصوب منه ، فعليه أجرها عَرْصَةً[1] منذُ نقضها إلى أن بناها ، وأجرها داراً فيما قبل ذلك ، وبعده، لأن البناء للمالك ، وحكمها فى نقض بنائها الذى بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عَرْصَةً فبناها .

وإن كان الغاصبُ باعها ، فبناها المشترى ، أو نقضها ، ثم بناها ، فالحـكم لا يختلف ، لـكن للمالك مطالبةُ من شاء منهما ، والرجوع عليه ، فإن رجع على الغاصب رجع الغاصبُ على المشترى بقيمة ما تلف من الأعيان . لأن المشترىَ دخل على أنه مضمون عليه بالعوض ، فاستقرّ ضمانه عليه .

وإن رجع المالك على المشترى رجع المشترى على الغاصب بنقص التالف ، ولم يرجع بقيمة ما تلف .

وهل يرجع كلّ واحد منهما على صاحبه بالأجر ؟ على روايتين ، وليس له مطالبة المشترى بشىء من الأجر ، إلاّ بأجر مدّة مُقامها فى يديه ، لأنّ يده إنما ثبتت عليها حينئذ .

(١) عرصة : ساحة خالية من البناء .

٣٨٨٤ (الفصـــــــل الرابع)

أن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصها الغرسُ ، أو نقصت بغيره ، وهكذا كلّ عين مغصوبة ، على الغاصب ضمانُ نقصها ، إذا كان نقصاً مستقراً ، كثوب تخرّق ، وإناء تكسّر ، وطعام سَوّس ، وبناء خَرِبَ ، ونحوه ، فإنه يردّها وأرشَ النقص ، لأنه نقصٌ حصل فى يد الغاصب ، فوجب ضمانه ، كالقفيز من الطعام ، والذراع من الثوب ، وبهذا قال الشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : إذا شقّ رجل لرجل ثوباً شقاً قليلا ، أخذ أرشَه ، وإن كان كثيراً ، فصاحبه بالخيار بين تسليمه ، وأخذ قيمته ، وبين إمساكه ، وأخذ أرشه .

وقد رُوى عن أحمد كلامٌ يحتمل هذا ، فإنّه قال فى رواية موسى بن سعيد ، فى الثوب : إن شاء شقّ الثوب ، وإن شاء مثله ، يعنى — والله أعلمُ — إن شاء أخذ أرش الشقّ ووجهُه أن هذه جنايةٌ أتلفت معظم منفعته ، فكانت له المطالبة بقيمته ، كما لو قتل شاةً له .

وحكى أصحاب مالك عنه : أنّه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها ، كان المجنىّ عليه بالخيار : إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلّمها ، وأخذ قيمتها ، ولعلّ ما يُحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضى ينبنى على ذلك ، لأنه أتلف غرضه به ، فإنه لا يركبه فى العادة ، وحجّتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة ، فلزمته قيمتها ، كما لو أتلف جميعها .

ولنا : أنها جناية على مال أرشُها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جناية تنقُص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفى الشاة تلف جميعها ، لأن الاعتبار فى الإتلاف بالمجنىّ عليه ، لا بغرض صاحبه ، لأن هذ إن لم يصلُح لهذا صلَح لغيره .

٣٨٨٥ (فصــــل)

وقدر الأرش قدر نقص القيمة فى جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعىّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أن عين الدابة تُضمن بربع قيمتها ، فإنّه قال فى رواية أبى الحارث ، فى رجل فقأ عين دابة لرجل : عليه ربعُ قيمتها ، قيل له فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحدةً ، فقال عمر ربع القيمة ، وأما العينان : فما سمعتُ فيهما شيئاً ، قيل له : فإن كان بعيراً ، أو بقرة ، أو شاةً ؟ فقال : هذا غيرُ الدّابة ، هذا يُنتفع بلحمه ، يُنظر ما نقصها ، وهذا يدلّ على أن أحمد إنّما أوجب مقدراً فى العين الواحدة. من الدابة ، وهى الفرسُ . والبَغْلُ . والحِمارُ خاصةً للأثر الوارد فيه . وما عدا هذا يَرجع إلى القياس . .

واحتجّ أصحابُنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابّة برُبع قيمتها ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى شُرَيح لمّا كتب إليه يسألهُ عن عين الدابّة :

إنَّا كنَّا نُنزِّلها منزلةَ الآدمىّ ، إلا أنّه أجمع رأيُنا أنّ قيمتها ربعُ الثمن ، وهذا إجماع يقدّم على القياس ، ذكر هذين أبو الخطّاب فى رءوس المسائل .

وقال أبو حنيفة : إذا قلع عين بهيمة تنتفع بها من وجهتين ، كالدابَّة ، والبعير ، والبقرة ، وجب نصف قيمتها ، وفى إحداها رُبع قيمتها . لقول عمر رضى الله عنه : أجمع رأيُنا على أنّ قيمتها ربعُ الثمن .

وروى عن أحمد فى العبد : أنه يُضمن فى الغصب بما يُضمن به فى الجناية ، ففى يده نصفُ قيمته ، وفى مُوضِحَتِه نصفُ عُشْرِ قيمته ، وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعىّ ، لأنه ضمانٌ لأبعاض العبد ، فكان مقدراً من قيمته ، كأرش الجناية .

ولنا : أنه ضمان مالٍ من غير جناية ، فكان الواجبُ ما نقصَ ، كالثوب ؛ وذلك لأن القصد بالضمان جبرُ حقِّ المالك ، بإيجاب قدر المفوَّت عليه ، وقدر النقص هو الجابرُ . ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمتُه، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ، ولو كان صحيحاً لما احتجَّ أحمدُ وغيره بحديث عمر ، وتركوه ، فإن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم أحقُّ أن يُحتجّ به وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قَدْرَ نقصها ، كما رُوى عنه أنه قضى فى العين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب فى العين نصفُ القيمة ، كعين الآدمى .

وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدولٌ به عن القياس ، للالحاق بالجناية على الحرّ ، والواجبُ ههنا ضمانُ اليد ، ولا تثبتُ اليدُ على الحرّ ، فوجب البقاء فيه على مُوجَب الأصل وإلحاقُه بسائر الأموال المغصوبة ، وقول أبى حنيفة : إنّ هذا فى بهيمة الأنعام ، والدابّة لا يصحّ . لأن هذا القول مبنىّ على قول عمر ، وقولُ عمر إنما هو فى الدابّة ، والدابّة فى العُرف ، ما يُعدّ للركوب ، دون بَهيمة الأنعام .

٣٨٨٦ (فصــــــل)

وإن غصب عبداً ، فجَنى عليه جنايةً مقدّرة الدّية ، فعلى قولنا : ضمانُ الغصب ضمان الجناية ، الواجبُ أرشُ الجناية ، كما لو جنى عليه من غير غصب ، فنقصته الجناية أقلّ من ذلك ، أو أكثر ، وإن قلنا : ضمانُ الغصب غيرُ ضمان الجناية ، وهو الصحيح ، فعليه أكثر الأمرين : من أرش النقص ، أو دية ذلك العضو ، لأن ضمان كلّ واحد منهما وجد ، فوجب أكثرُهما ، ودخل الآخرُ فيه . فإن الجناية واليد وُجدا جميعاً ، فإن غصَب عبداً يُساوى ألفاً ، فزادت قيمته ، فصار يُساوى ألفين ، ثم قطع يده ، فنقص ألفاً لزمه ألف ، وردّ العبد . لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه ، فكأنّه بقطع يده فوّت نصفه ، وإن نقص ألفاً ، وخمسمائة ، وقلنا : الواجبُ ما نقص ، فعليه ألفُ وخمسمائة ، ويردّ

العبد . وإن قلنا : ضمان الجناية . فعليه ألف ، وردّ العبد فحسب ، وإن نقص خمسمائة فعليه ردّ العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

٣٨٨٧ (فصـــــل)

وإن غصب عبداً ، فقطع آخرُ يده ، فللمالك تضمينُ أيهما شاء . لأن الجانيَ قطع يده ، والغاصبُ حصل النقصُ في يده ، إن ضمّن الجاني ، فله تضمينه نصفَ قيمته . لا غيرُ . ولا يَرجع على أحد ، لأنه لم يضمنه أكثر مما وجبَ عليه . ويضمّن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ، إن نقص أكثرُ من النصف ، ولا يرجع على أحدٍ ، وإن قلنا : ضمان الغصب دُونُ الجنـاية ، أو لم ينقص أكثرَ من نصف قيمته ، لم يضمن الغاصبُ ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمينَ الغاصب ، وقلنا : إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمّنه نصفَ القيمة ، ورجع بها الغاصبُ على الجاني . لأن التلف حصل بفعله . فاستقرّ الضمان عليه ، وإن قلنا : إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينُه بأكثرِ الأمرين . لأن ما وُجـد في يده فهو في حكم الموجود منه ، ثم يرجع الغاصبُ على الجاني بنصف القيمة ، لأنّها أرشُ جناية ، فلا يجب عليه أكثرُ منها .

٣٨٨٨ (فصـــل)

وإن غصب عبداً ، فقطع أذنيه ، أو ذكره ، أو أنفه ، أو لسانه ، أو خصْيَيه ، لزمته قيمتُه كلّها ، وردّ العبد ، نصّ عليه أحمد ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة ، والثوريّ : يُخيّر المالك بين أن يصبر ، ولا شيء له ، وبين أخذ قيمته ، ويملكه الجاني . لأنه ضمان مالٍ ، فلا يبقى ملكُ صاحبه عليه مع ضمانه له ، كسائر الأموال .

ولنا : أن المتلفَ البعضُ ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته ، كقطع ذكر المدبّر ، وكقطع إحدى يديه ، أو أذنيه ، ولأن المضمون هو المفوّت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه ، كما لو قطع تسْع أصابع . وبهذا ينفصل عمّا ذكروه ، فإنّ الضمان في مقابلة المتلَف ، لا في مقابلة الجملة ، فأمّا إن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية ، فهل يضمنها ضمانَ الإتلاف ، أو بما نقص ؟ على روايتين ، سبق ذكرهما .

٣٨٨٩ (فصـــل)

وإن جنى العبد المغصوب ، فجنايته مضمونةٌ على الغاصب ، لأنّه نقص في العبد الجاني لكون أرش الجناية يتعلّق برقبته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كسائر نقصه ، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص ، أو المال ، ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيّده ، فجنايتُه مضمونةٌ على الغاصب أيضاً . لأنها من جُملة جناياته ، فكان مضموناً على الغاصب ، كالجناية على الأجنبيّ .

٣٨٩٠ (فصـــل)

إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون الذاهبُ جزءاً مقدّر البدل ، كعبد خَصاهُ ، وزيْتٍ أغلاه ،[1] ونُقْرةٍ ضربها دراهم ، فنقصت عينُها ، دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص ، فيضمن نقص العبد بقيمته ، ونقص الزيت ، والنُّقْرةِ بمثلهما ، مع ردّ الباقي منهما ، لأنّ الناقص من العين له بدلُ مقدّر ، فلزمه ما تقدّر به ، كما لو أذهب الجميع .

الثانى : أن لا يكون مُقدّراً مثل أن غصب عبداً ذا سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، نخفّ جسمُه ، ولم تنقص قيمته ، فلا شيء فيه ، سوى ردّه . لأن الشرع إنمّا أوجب فى هذا ما نقص من القيمة ، ولم يقدّر بدله ، ولم تنقص القيمة ، فلم يجب شيء ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنّ الذاهب مقدّر البدل ، فلم يسقُط بدله .

الثالث : أن يكون النقص فى مُقدَّر البدل ، لكن الذاهبُ منه أجزاءٌ ، غيرُ مقصودة ، كعصير أغلاه ، فذهبت مائيتّه ، وانعقدت أجزاؤه ، فنقصت عينُـه ، دون قيمته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا شيء عليه سوى ردّه . لأن النار إنما أذهبت مائيّته التى يُقصد ذهابها ، ولهـذا تزداد حلاوتُه ، وتـكثُر قيمتُه ، فلم يجب ضمانُها ، كسِمَن العبد الذى ينقُص قيمتَه .

والثانى : يجب ضمانه . لأنه مقدّر البدل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه ، وإن نقصت العين ، والقيمة جميعاً ، وجب فى الزيت : وشبهه ضمانُ النقصين جميعاً . لأن كلّ واحـد منهما مضمون منفرداً ، فـكذلك إذا اجتمعا . وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمتُه درهم ، فأغلاه فنقص ثلثه ، فصار قيمة الباقى نصف درهم ، فعليه ثلثُ رطل ، وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقى ثلثى درهم ، فليس عليه أكثرُ من ثلث رطل ، لأن قيمة الباقى لم تنقُص ، وإن خَصَى العبد ، فنقصت قيمتُه ، فليس عليه أكثر من ضمان خُصْيَيْه[2] ، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه ، وهل يجب فى العضير ما نقص من القيمة ، أو يكون كالزيت ؟ على وجهين .

٣٨٩١ (فصـــل)

وإن غصب عبداً فسمن سِمَناً نقصت به قيمتُه ، أو كان شاباً فصار شَيْخاً ، أو كانت الجاريةُ ناهداً[3] فسقط ثدياها ، وجب أرشُ النقص . لا نعلم فيه خلافاً ، فإن كان العبد أمرد ، فنبتت لحيتُه ،

---

(١) يقال أغلاها وغلاها .

(٢) خصيه : تثنية خصى بضم الخاء وكسرها ، ويقال فيها خصية بضم الخاء وكسرها أيضاً :

(٣) ناهدا : مرتفعاً ثدياها واقفان .

فنقصت قيمتهُ ، وجب ضمانُ نقصه . وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجبُ ضمانُه ، لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرّمة .

ولنا : أنه نقص فى القيمة بتغيير صفته ، فيضمنُه ، كبقيّة الصور .

٣٨٩٢ (فصـــل)

وإن نقص المغصوب نقصاً غير مُستقرّ ، كطعام ابتلّ ، وخيف فسادُه ، أو عَفِنَ ، وخَشِيَ تلفه ، فعليه ضمانُ نقصه ، وهذا منصوص الشافعيّ ، وله قول آخر : أنّه لا يضمن نقصه ، وقال القاضى : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يعلم قدرَ نقصه ، وكلّما نقص شيئاً ضمنه ، لأنه يستند إلى السبَب الموجود فى يد الغاصب ، فـكان كالموجود فى يده .

وقال أبو الخطاب : يتخيّر صاحبُه بين أخذ بدله ، وبين تركه ، حتّى يستقرّ فسادُه ، ويأخذ أرش نقصه .

وقال أبو حنيفة : يتخيرّ بين إمساكه ، ولا شىء له ، أو تسليمه إلى الغاصب . ويأخذ منه قيمته ، لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثلُ كَيْلِه وزيادة ، وهـذا لا يجوز ، كما لو باع قفيزاً جيّداً بقفيز ردىء ، ودرهم .

ولنا : أن عين ماله باقية ، وإنّما حدث فيه نقص ، فوجب فيه ما نقص ، كما لو باع عبداً فمرض ، وقد وافق بعضُ أصحاب الشافعيّ على هـذا فى العَفَنِ . وقال : لا يضمَن ما نقص قولاً واحـداً ، ولا يَضْمَنُ ما تولّد منه ، لأنه ليس من فعله ، وهـذا الفرق لا يصحّ . لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضاً ، وقد يكون العَفَنُ بسببٍ منه ثمّ إنّ ما وجد فى يد الغاصب فهو مضمون عليه ، لوجوده فى يده ، فلا فرق . وقول أبى حنيفة لا يصحّ . لأنّ هذا الطعام عينُ ماله ، وليس ببدل عنه . وقول أبى الخطاب لا بأس به .

٣٨٩٣ ﴿مسألة﴾

قال ﴿وإن كان زرعها ، فأدركها ربُّها ؛ والزرعُ قائم . كان الزرع لصاحب الأرض ؛ وعليه النفقة ، وإن استحقّت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجْرة الأرض﴾ .

قوله : فأدركها ربّها يعنى استرجعها من الغاصب ؛ أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحقّت ، يعنى أخذها مُستحقُّها ؛ فمتى كان هـذا بعد حصاد الغاصب الزرع فانّه للغاصب ؛ لا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه نماء ماله ؛ وعليه الأجرةُ إلى وقت التسليم ؛ وضمانُ النقص ، ولو لم يزرعها ؛ فنقصت لترك الزراعة ، كأراضى البَصْرةِ ، أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً ، لما قدّمنا فى المسألة التى قبل هذه .

فأما إن أخذها صاحبها ، والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه ، وخُيّر المالك بين أنْ يقرّ

الزرع فى الأرض إلى الحصاد ، ويأخذ من الغاصب أجر الأرض ، وأرشَ نقصها ، وبين أن يدفع إليه نفقته ، ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عُبَيد .

وقال أكثر الفقهاء : يملك إجبار الغاصب على قلعه ، والحكم فيه كالغرس سواء ، لقوله عليه السلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ولأنه زَرَع فى أرض غيره ظلماً ، أشبه الغِراس .

ولنا : ما روى رافع بن خُدَيج ، قال : قال رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلم : « مَنْ زَرَعَ فى أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَىْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » رواه أبوداود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، فيه دليل على أن الغاصب لا يُجبر على قلعه . لأنه ملكٌ للمغصوب منه ، ورُوى أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم رأى زَرْعاً فى أرضِ ظهير ، فأعجبه ، فقال « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ » فقال : إنّه ليس لظُهَيْرٍ ولكنّه لفلان ، قال « خُذُوا زَرْعَكُمْ ورُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورَدَدْنا عليه نفقته ، ولأنه أمكن ردّ المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب ، على قربٍ من الزمان ، فلم يجُز إتلافه ، كما لو غصب سفينةً ، فحمل فيها ماله ، وأدخلها البحر ، أو غصب لوحاً فرقع به سفينةً ، فإنّه لا يُجبرُ على ردّ المغصوب فى اللُّجّةِ ، ويُنتظر حتى تُرْسِىَ[1] صيانةً للمال عن التلف ، كذا ههنا ، ولأنه زرع حصل فى ملك غيره ، فلم يُجبر على قلعه ، على وجه يضرّ به ، كما لو كانت الأرضُ مستعارةً ، أو مشفوعةً ، وفارق الشجر ، والنخل ، لأن مُدّته تتطاول ، ولا يعلم متى ينقطع من الأرض ، فانتظاره يؤدّى إلى ترك ردّ الأصل بالكلّية ، وحديثهم ورد فى الغَرس ، وحديثُنا فى الزرع ، فيُجمع بين الحديثين ، ويُعمل بكلّ واحد منهما فى موضعه ، وذلك أولى من إبطال أحدهما .

إذا ثبت هذا : فمتى رضى المالك بترك الزرع للغاصب ، ويأخذ منه أجر الأرض ، فله ذلك لأنه شغل المغصوب بماله ، فملك صاحبُه أخذَ أجْرِه ، كما لو ترك فى الدار طعاماً ، أو أحجاراً . يحتاج فى نقله إلى مدّة ، وإن أحبّ أخذ الزرع فله ذلك ، كما يستحقّ الشفيع أخذ شجر المشترى بقيمته ، وفيما يُرَدّ على الغاصب روايتان :

إحداهما : قيمة الزرع ، لأنه بدلٌ عن الزرع ، فيقدّر بقيمته ، كما لو أتلفه ، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه ، بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً له ، ولو لم يكن ملكاً له لما مَلَكه بأخذه ، فيكون أخذ المالك له تملّكاً له إلا أن يُعوّضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشِّقْصَ المشفوعَ ، ويجب على الغاصب أجرُ الأرض إلى حين تسليم الزرع ، لأنّ الزرع كان محكوماً له به ، وقد شَغل به أرض غيره .

(١) يقال رست السفينة وأرست إذا وقفت على مرساها .

(والرواية الثانية) أنه يردّ على الغاصب ما أنفق من البذرة ، ومؤنة الزرع فى الحرث ، والسقى ، وغيره ، وهذا الذى ذكره القاضى ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وظاهر الحديث ، لقوله عليه السلام « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » وقيمة الشىء لا تسمَّى نفقةً له ، والحديث مبنىّ على هذه المسألة ، فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً ، على خلاف القياس ، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر ، لأنه نماءُ عين ماله ، فأشبه ما لو غصب دجاجةً ، فحضنت بيضاً له ، أو طعاماً فعلفه دوابَّ له ، كان النماءُ له ، وقد صرّح به أحمد، فقال : هذا شىء لا يوافق القياس ، أستحسِنُ أن يدفع إليه نفقته ، للأثر ، ولذلك جعلناه للغاصب ، إذا استحقّت الأرضُ بعد أخذ الغاصب له ، وإذا كان العمل بالحديث فيجبُ أن يُتّبع مدلولُه .

٣٨٩٤ (فصـــــل)

فإن كان الزرع مما يبقى أصوله فى الأرض ، ويُجَزُّ مرةً بعد أخرى كالرَّطْبةِ ، والنَّعْناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا ، لدخوله فى عموم الزرع ، لأنه ليس له فرع قوىّ ، فأشبه الحِنْطةَ ، والشعير، واحتمل أن يكون حكمه حكم الغَرْس ، لبقاء أصوله ، وتكرّر أخذه ، ولأن القياس يقتضى أن يثبُت لكلّ زرع مثلُ حكم الغَرْس ، وإنّما ترك فيما تقلُّ مدّته للأثر ، ففيما عداه يبقى على قضيّة القياس .

٣٨٩٥ (فصـــــل)

وإن غصب أرضاً ، فغرسها ، فأثمرت ، فأدركها ربُّها بعد أخذ الغاصب ثمرتها ، فهى له ، وإن أدركها والثمرةُ فيها فكذلك ، لأنها ثمرةُ شجره ، فكانت له ، كما لو كانت فى أرضه ، ولأنّها نماء أصلٍ محكوم به للغاصب ، فكان له ، كأغصانها ، وورقها ، ولبن الشاة ، وولدها ، وقال القاضى : هى لمالك الأرض ، إن أدركها فى الغِراس ، لأن أحمد قال فى رواية علىّ بن سعيد : إذا غصب أرضاً ، فغرسها ، فالنماء لمالك الأرض .

قال القاضى : وعليه من النفقة ما أنفقه الغارسُ من مُؤنة الثمرة لأن الثمرة فى معنى الزرع ، فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها ، كالزرع ، والأول أصحّ لأنّ أحمد قد صرّح بأن أخذ ربِّ الأرض الزرعَ شىء لا يوافق القياس ، وإنما صار إليه للأثر ، فيختصّ الحكم به ، ولا يعدّى إلى غيره ، ولأنّ الثمرة تُفارق الزرعَ من وجهين :

أحدهما : أن الزرع نماءُ الأرض ، فكان لصاحبها ، والثمرة نماءُ الشجرِ فكان لصاحبه .

الثانى : أنه يردُّ عوض الزرع الذى أخذه ، مثل البذر الذى نبت منه الزرع ، مع ما أنفق عليه ، ولا يمكنه مثلُ ذلك فى الثمر .

٣٨٩٦ (فصــــــــل)

وإن غصب شجراً ، فأثمر ، فالثمر لصاحب الشجر ، بغير خلاف نعلمه ، لأنه نماء ملكه ، ولأن الشجر عين ملكه ، نَمى[١] وزاد ، فأشبه ما لو طالت أغصانُه ، وعليه ردّ الثمر إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فعليه بدلُه ، وإن كان رُطَباً ، فصار تمراً ، أو عِنباً ، فصار زبيباً ، فعليه ردّه ، وأرش نقصه ، إن نقص ، وليس له شيء بعمله فيه ، وليس للشجر أجرة ، لأنّ أجرتها لا تجوز فى العقود ، فكذلك فى الغصب ، ولأن نفع الشجر تربيةُ الثمر ، وإخراجُه ، وقد عادت هذه المنافع إلى المالك ، ولو كانت ماشيةً فعليه ضمان ولدها ، إن ولدت عنده ، ويضمن لبنها بمثله ، لأنّه من ذوات الأمثال ، ويَضمن أوبارها ، وأشعارها بمثله ، كالقطن .

٣٨٩٧ (فصــل)

وإذا غصب أرضاً ، فحكمها فى جواز دخول غيره إليها حكمُها قبل الغَصب ، فإن كانت محوطةً ، كالدار ، والبستان المحوط ، لم يجز لغير مالكها دخولها ، لأن ملك مالكها لم يَزُل عنها ، فلم يجز دخولها بغير إذنه ، كما لو كانت فى يده ، قال أحمد فى الضيعة تصير غَيْضَةً فيها سمك ، لا يصيد فيها أحدٌ إلا بإذنهم ، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ، ورعيُ حشيشها . قال أحمد : لا بأسَ برَعْى الكلأ فى الأرض المغصوبة ، وذلك لأنّ الكلأ لا يُملك بملك الأرض ، ويتخرّج فى كلّ واحدة من الصورتين مثلُ حكم الأخرى ، قياساً لها عليها .

ونقل عنه المروزىّ فى رجل والداه فى دار طوابيقها غصب : لا يدخل على والديه ، وذلك لأنّ دخوله عليهما تصرّف فى الطوابيق المغصوبة ، ونقل عنه الفضلُ بن عبد الصمد ، فى رجل له إخوة فى أرض غصب يزورهم ، ويراودهم على الخروج ، فإن أجابوه وإلاّ لم يُقِم معهم ، ولا يدعُ زيارتهم ، يعنى يزورهم بحيثُ يأتى باب دارهم ، ويتعرّف أخبارهم ، ويسلّم عليهم ويُكلّمهم ، ولا يدخلُ إليهم ، ونقل المروزىّ عنه : أكره المشىَ على العبَّارة[٢] التى يجرى فيها الماء ، وذلك لأن العبّارة وُضعت لعبُور الماء ، لا للمشى عليها ، وربّما كان المشىُ عليها يضرّ بها ، وقال أحمد : لا يُدفن فى الأرض المغصوبة ، لما فى ذلك من التصرّف فى أرضهم بغير إذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ، ثمّ علم : رجع إلى الموضع الذى أخذه منه ، فردّه ، وروى عنه أنه قال : يطرحُه ، يعنى على من ابتاعه منه ، وذلك لأن قعوده فيه حرام ،

(١) نمى : زاد ، يقال نمى بفتح النون والميم يائى الآخر كما يقال نما ينمو واوى الآخر .

(٢) العبارة : القنطرة على الماء ، وهى بفتح العين وتشديد الباء ، وقد وصفت بوصف المبالغة لكثرة عبور الماء فيها .

منهىّ عنه ، فكان البيع فيه محرّماً ، ولأن الشراء ممّن يعدُ فى الموضع المحرّم يحملهُم على القعود ، والبيع فيه ، وتركُ الشراء منهم يمنعُ القعود ، وقال : لا يبتاع من الخانات التى فى الطرق ، إلاّ أن لا يجد غيره ، كأنه بمنزلة المضطرّ ، وقال فى السلطان إذا بنى داراً ، وجمع الناس إليها : أ كرهُ الشّراء منها ، وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع ، لما فيه من الإعانة على الفعل المحرّم ، والظاهر صحّة البيع ، لأنه إذا صحّت الصلاةُ فى الدار المغصوبة فى رواية ، وهى عبادة ، فما ليس بعبادة أولى .

وقال فيمن غصب ضَيْعةً ، وغُصِبتْ من الغاصب ، فأراد الثانى ردَّها : جمع بينهما ، يعنى بين مالكها ، والغاصب الأول ، وإن مات بعضُهم جمع ورثَته ، إنّما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الأول ، لأنه ربّما طالب بها ، وادّعاها ملكاً باليد ، وإلاّ فالواجب ردّها على مالكها ، وقد صرّح بهذا فى رواية عبد الله ، فى رجل استودع رجلاً ألفاً ، فجاء رجل إلى المستودع ، فقال : إنّ فلاناً غَصَبنى الألفَ الذى استودَعَك ، وصحّ ذلك عند المستودع ، فإن لم يخف التبعة ، وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه .

٣٨٩٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب عبداً ، أو أمة ، وقيمته مائة ، فزاد فى بدنه ، أو بتعلّم ، حتى صارت قيمته مائتين ، ثمّ نقص بنقصان بدنه ، أو نسيان ما علم ، حتى صارت قيمته مائة أخذه السيّد . وأخذ من الغاصب مائة ﴾ .

وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب عليه عِوَض الزيادة ، إلاّ أن يُطالب بردّها زائدةً ، فلا يردّها ، لأنه ردّ العين ، كما أخذها ، فلم يضمن نقص قيمتها ، كنقص سعرها .

ولنا : أنها زيادة فى نفس المغصوب، فلزم الغاصبَ ضمانُها ، كما لو طالبه بردّها ، فلم يفعل ، وفارق زيادة السعر ، فإنّها لو كانت موجودةً حالَ الغصب لم يضمنها ، والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهى صفة فيه ، ولذلك يضمنُها إذا طولب بردّ العين ، وهى موجودة ، فلم يردّها ، وأجريناها هى والتعلم مُجرَى السِّمَن الذى هو عينٌ لأنّها صفة تتبعُ العين ، وأجرينا الزيادة الحادثة فى يد الغاصب مُجرَى الزيادة الموجودة حال الغصب ، لأنها زيادة فى العين المملوكة المغصوب منه ، فتكون مملوكة له أيضاً ، لأنها تابعة للعين .

فأما إن غصب العين سَمِينةً ، أو ذاتَ صناعة ، أو تعلّم القرآن ، ونحوه ، فهُزِلت ، ونسِيتْ ، فنقصت قيمتُها ، فعليه ضمانُ نقصها ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثّر فى قيمتها ، فوجب ضمانُها ، كما لو أذهب عضواً من أعضائها .

٣٨٩٩ (فصـــل)

إذا غصبها وقيمتُها مائة ، فسَمِنت ، فبلغت قيمتُها ألفاً ، ثم تعلمّت صناعةً ، فبلغت ألفين ، ثم هُزِلَتْ ، ونَسِيَتْ ، فعادت قيمتُها إلى مائةٍ ردّها وردّ ألفاً ، وتسعمائة .

وإن بلغت بالسِّمن ألفاً ، ثمّ هُزِلَت ، فبلغت مائةً ، ثم تعلّمت ، فبلغت ألفاً ، ثمّ نَسِيتَ فعادت إلى مائة ، ردّها وردّ ألفاً ، وثمانمائة ، لأنّها نقصت بالهُزال تسعمائة ، وبالنسيان تسعمائة .

وإن سمنت ، فبلغت ألفاً ، ، ثمّ هُزِلت ، فعادت إلى مائة ، ثمّ تعلّمت ، فعادت إلى ألف ، ردّها وتسعمائة ، لأنّ زوال الزيادة الأولى أوجب الضمانَ ، ثمّ حدثت زيادةٌ أخرى من وجهٍ آخرَ على ملك المغصوب منه ، فلا يَنْجَبِرُ ملكُ الإنسان بملكه .

وأما إذا بلغت بالسمن ألفاً ، ثمّ هُزِلت ، فعادت إلى مائة ، ثمّ سَمِنَتْ ، فعادت إلى ألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : يردّها زائدةً ويضمنُ نقص الزيادة الأولى ، كما لو كانا من جنسين ، فإنّ ملك الإنسان لا يَنْجَبِرُ بملكه ، لأن الزيادة الثانية غيرُ الأولى ، فعلى هذا إن هُزِلَتْ مرةً ثانية ، فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف ، وثمانمائة .

والوجه الثاني : أنه إذا ردّها سمينةً ، فلا شيء عليه ، لأنّه عاد ماذهب ، فأشبه مالو مرضت ، فنقصت، ثم عُوفِيَت ، أو نَسِيتْ صِناعَةً ، ثم تعلّمتها ، أو أبق العبدُ ، ثم عاد . وفارق إذا زادت منجهةٍ أخرى ، فإنّه لم يُعد ما ذهب ، وهذا الوجه أقْيَسُ ، لما ذكرنا من شواهده ، فعلى هذا : لو سمنتْ بعد الهُزال ، ولم تبلغْ قيمتُها إلى ما بلغت فى السِّمن الأول ، أو زادت عليه ، ضمن أكثر الزيادتين ، وتدخل الأخرى فيها ، وعلى الوجه الأول يضمنُهما جميعاً ، فأمّا إن زادت بالتعليم ، أو الصناعة ، ثمّ نَسِيت ، ثم تعلّمت ما نسيته ، فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول ، لأن العلم الثانى هو الأول ، فقد عاد ماذهب ، وإن تعلّمت علماً آخرَ ، أو صناعةً أخرى ، فهو كعَوْدِ السِّمن ، فيه وجهان ، ذكر هذا القاضى ، وهو مذهبُ الشافعيّ .

وقال أبو الخطاب : متى زادت ، ثمّ نقصت ، ثم زادت مثل الزيادة الأولى ، ففى ذلك وجهان ، سواء كانا من جنس ، كالسِّمن مَرّتين ، أو من جنسين ، كالسِّمن والتعليم ، والأول أولى .

٣٩٠٠ (فصـــل)

وإن مرض المغصوب ، ثم برأ ، أو ابيضّت عينُه ، ثم ذهب بياضُها ، أو غصب جاريةً حسناء، فسَمِنتْ

سِمَناً نقصها ، ثم خفّ سِمَنُها ، فعاد حُسنُها ، وقيمتُها ، ردّها ، ولا ضمان عليه ، لأنه لم يذهب ماله قيمة ، والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه ، وكذلك لو حملت ، فنقصت ثم وضَعت ، فزال نقصُها لم يضمن شيئاً ، فإنْ ردّ المغصوب ناقصاً بمرض ، أو عيب ، أوسِمَنٍ مُفرطٍ ، أو حَمْلٍ فماله أرشُ نقصه ، فإن زال عيبه فى يدى مالـكه لم يلزمه ردّ ما أخذ من أرشه ، لأنه استقرّ ضمانُه بردّ المغصوب ، وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ، ثمّ زال العيبُ قبل أخذ أرشه ، لم يسقط ضمانه لذلك .

٣٦٠١ (فصـــــل)

زوائد الغصب فى يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب ، مثل السِّمن ، وتعلّم الصناعة ، وغيرها ، وثمرةُ الشجرة ، وولدُ الحيوان متى تلف شىء منه فى يد الغاصب . ضَمِنه ، سواء تلف منفرداً ، أو تلف مع أصله . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبوحنيفة ، ومالك : لايجب ضمان زوائد الغصب ، إلاّ أن يُطالَب بها ، فيمتنع من أدائها ، لأنها غير مغصوبة ، فلا يجب ضمانها ، كالوديعة . ودليل عدم الغصب أنه فعلٌ محرّم ، وثبوت يده على هـذه الزوائد ليس من فعله ، لأنه انبنى على وجود الزوائد فى يده ، ووجودها ليس بفعل محرّم منه .

ولنـا : أنه مال المغصوب منه ، حصل فى يده بالغصب ، فيضمنُه بالتلف كالأصل ، وقولهم : إنّ إثبات يده ليس من فعله لا يصحّ ، لأنه بإمساك الأمّ تسبّب إلى إثبات يده على هذه الزوائد ، وإثباتُ يده على الأمّ محظور .

٣٩٠٢ (فصـــل)

وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغيّر الأسعار ، نص عليه أحمـد . وهو قول جمهور العلماء ، وحُـكى عن أبى ثور أنه يضمنُه لأنه يضـمنه إذا تلفت العين ، فيلزمه إذا ردّها كالسِّمن .

ولنـا أنه ردّ العين بحالها لم ينقص منها عين ، ولا صفة ، فلم يلزمه شىء ، كما لو لم تنقص ، ولا نُسلّم أنه يضمنها مع تلف العين ، وإن سلّمنا فلأنّه وجبت قيمة العين أكثرَ ما كانت قيمتها ، فدخلت فى التقويم ، بخلاف ما إذا ردّها ، فإنّ القيمة لاتجب ، ويخالف السِّمن ، فإنه من عين المغصوب ، والعلم بالصناعة صفة فيها ، وههنا لم تذهب عين ، ولأنه لاحقّ للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقّه فى العين ، وهى باقية كلّها ، كما كانت . ولأنّ الغاصبَ يضمن ما غصبَ ، والقيمةُ لا تدخل فى الغصب ، بخلاف زيادة العين ، فإنّها مغصوبة ، وقد ذهبت .

٣٩٠٤ (فصــــل)

ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين ، وكان ثوباً ينقصه القطع ردّه ، وأرشَ نقصه، فان تلف أحد النصفين ردّ الباقيَ ، وقيمة التالف ، وأرشَ النقص ، وإن لم ينقصه القطع ردّ الباقيَ ، وقيمةَ التالف لا غيرُ . وإن كانا باقيين ردّهما ، ولا شيء عليه سوى ذلك ، وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجَيْ خُفٍّ ، ومصراعَيْ باب ، فتلف أحدهما ردّ الباقي ، وقيمة التالف ، وأرشَ نقصهما . فاذا كانت قيمتّها ستةَ دراهم ، فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين ردّ الباقي ، وأربعةَ دراهم ، وفيه وجه آخر : لا يلزمه الا قيمة التالف مع ردّ الباقي ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . لأنه لم يتلف غيره ، ولأن نقص الباقي نقصُ قيمة ، يضمنه ، كالنقص بتغيّر الأسعار ، والصحيح الأول . لأنه نقصٌ حصل بجنايته ، فلزمه ضمانه ، كشقّ الثوب الذى ينقصُه الشقّ ، اذا تلف أحد شقّيه ، بخلاف نقص السعر ، فانــه لم يذهب من المغصوب عين ، ولا معنًى ، وههنا فوّت معنًى ، وهو إمكان الانتفاع به ، وهذا هو الموجب لنقص قيمته ، وهو حاصل من جهة الغاصب ، فينبغى ان يضــمنه ، كما لو فوّت بصره ، أو سمعه ، أو عقله ، أو فكّ تركيب باب ، ونحوه .

٣٩٠٥ (فصــل)

وإن غصب ثوباً فلبسه ، فأبلاه ، فنقصَ نصفَ قيمته ، ثم غلت الثيــابُ ، فعادت لذلك قيمتُه . كما كانت لزمه ردُّه وأرش نقصه ، فلو غصب ثوباً قيمتُه عشرة ، فنقصه لبسُه حتى صارت قيمتُه خمســةً ، ثم زادت قيمتُه ، فصارت عشرةً ردّه ، وردّ خمسةً . لأن ماتلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمتُه فى الذمّة خمسةً ، فلا يُعتبر ذلك بغلاء الثوب ، ولا رِخَصــه ، وكذلك لو رَخُصت الثيابُ ، فصارت قيمتها ثلاثةً لم يلزم الغاصبَ إلا خمسةٌ مع ردّ الثوب ، ولو تلف الثوب كلُّه ، وقيمتُه عشرةٌ ، ثم غلت الثيابُ ، فصارت قيمةُ الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرةً . لأنّها ثبتت فى الذمّة عشرةً ، فلا تزداد بغلاء الثياب ، ولا تنقُص برخصها .

٣٩٠٦ (فصــــل)

وإن غصب ثوباً أو زولياً ، فذهب بعض أجزائه ، كخَمل المِنْشَفَةِ[1] ، وَزِئْبِرَةِ الثوب ، فعليه أرش نقصه ، وإن أقام عنده مدّة لمثلها أجرةٌ لزمه أجره ، سواء استعمله أو تركه ، وإن اجتمعا : مثل أن أقام عنده مدّةً ، فذهب بعض أجزائه ، فعليه ضمانُهما معاً : الأجر ، وأرش النقص ، سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال ، أو بغيره ، وقال بعض أصحــاب الشافعيّ : إن نقص بغير الاستعمال ، كثوب ينقصُه النشر ، فنقص بنشره ، وبقى عنده مدّة ضمن الأجر ، والنقص ، وإن كان النقص من جهة الاستعمال ، كثوب لبسه،

(١) خمل المنشفة : وبرة (الفوطة) وزئبرة الثوب وبرته الناعمة.

وأبلاه ، ففيه وجهان . أحدهما : يضمنهما معاً . والثانى : يجب أكثر الأمرين من الأجر ، وأرش النقص ، لأنّ ما نقص من الأجزاء فى مقابلة الأجر ، ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ، ويتخرّج لنـا مثل ذلك .

ولنا : أن كلّ واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه ، فإذا اجتمعا وجبا ، كما لو أقام فى يده مدّة ، ثمّ تلف ، والأجرة تجب فى مقابلة ما يفُوت من المنافع ، لا فى مقابلة الأجزاء ، ولذلك يجب الأجر . وإن لم تفُت الأجـزاء ، وإن لم يكن للمغصوب أجر كثوب غير مخيط ، فلا أجر على الغاصب ، وعليه ضمانُ نقصه ، لا غيرُ .

٣٩٠٧ (فصـــل)

وإذا نقص المغصوب عند الغاصب ، ثم باعه ، فتلف عند المشترى ، فله أن يضمن من شاء منهما ، فإن ضمَّن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت ، من حين الغصب إلى حين التلف ، لأنه فى ضمانه من حين غصبه إلى يومَ تَلِفَ ، وإن ضمَّن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه ، لأنّ ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ، وإن كان له أجرة ، فله الرجوع على الغاصب بجميعها ، وإن شاء رجع على المشترى بأجر مُقامه فى يده ، وبالباقى على الغاصب ، والكلام فى رجوع كلّ واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعدُ إن شاء الله تعالى .

٣٩٠٨ (فصـل)

وإذا غصب حنطةً فطحنها ، أو شاةً فذبحها ، وشواها ، أو حديداً فعمله سكاكين ، وأوانىَ ، أو خَشَبَةً فنجَرها باباً ، أو تابوتاً ، أو ثوباً فقطعه ، وخاطه ، لم يزُل ملكُ صاحبه عنه ، ويأخذه ، وأرشَ نقصه ، إن نقص ، ولا شىء للغاصب فى زيادته ، فى الصحيح من المذهب ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو حَنِيفة : فى هـذه المسائل كلّها ينقطع حقّ صاحبها عنها ، إلاّ أنّ الغاصب لا يجوز له التصرّف فيها ، إلا بالصـدقة ، إلا أن يدفع قيمتها ، فيملكها ، ويتصرّف فيهـا كيف شاء ، ورَوى محمد بن الحـكم ، عن أحمد ما يدلّ على أن الغاصب يملكها بالقيمة ، إلاّ أنه قول قديم رجع عنه ، فإنّ محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحوٍ من عشرين سنةً ، واحتجّوا بما رُوى : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « زَارَ قَوْماً مِنَ الْأَنْصَارِ فِى دَارِهِمْ ، فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَشْوِيَّةً ، فَتَنَاوَلَ مِنْهَا لُقْمَةً فجعل يلوكها ، ولا يُسِيغُها ، فقال : إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرنى أنها أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ . فَقَالُوا : نَعَمْ ، يا رَسُولَ اللهِ ، طَلَبْنَا فِى السُّوقِ فَلَمْ نَجِدْ ، فَأَخَـذْنَا شَاةً لِبَعْضِ الأَنْصَارِ جِيرَانِنَا ، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِهَا ، فقال النبىُّ صلَّى الله عليه وسلّم : أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى »

رواه أبو داود بنحوٍ من هذا ، وهذا يدلّ على أنّ حقّ أصحابها انقطع عنها ، ولولا ذلك لأمر بردّها عليهم .

ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمةٌ فلزم ردّها إليه ، كما لو ذبح الشاة ، ولم يشوها ، ولأنه لو فعله بمالكه لم يزُل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يزُل عنه ، كما لو ذبح الشاة ، أو ضرب النُّقْرَةَ دراهم . ولأنه لا يُزيل الملك إذا كان بغير فعل آدميّ ، فلم يُزِله إذا فعله آدميّ ، كالذى ذكرناه ، فأمّا الخبر ، فليس بمعروف ، كما رووه . وليس فى رواية أبى داود « وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ عَنْهَا » .

فإذا ثبت هذا : فإنّه لاشيء للغاصب بعمله ، سواء زادت العين ، أو لم تزِدْ . وهذا مذهب الشافعيّ ، وذكر أبو الخطاب : أن الغاصب يُشارك المالك بالزيادة ، لأنّها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أُجرِيَتْ مُجرى الأعيان ، فأشبه مالو غصب ثوباً ، فصبغه ، والمذهبُ الأوّلُ ذكره أبو بكر ، والقاضى . لأن الغاصب عمل فى ملك غيره بغير إذنه ، فلم يستحقّ لذلك عِوضاً ، كما لو أغلَى زَيْتاً ، فزادت قيمتُه ، أو بنى حائطاً لغيره ، أو زرع حِنْطةَ إنسان فى أرضه ، وسائر عمل الغاصب . فأمّا صبغُ الثوب فإن الصبغ عين مال ، لا يزولُ ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره ، وهذا حُجّة عليه ، لأنّه إذا لم يزُل ملكه عن صَبْغه بجعله فى ملك غيره ، وجعله كالصفة ، فلأنْ لا يزولَ ملك غيره بعمله فيه أولى ، فإن احتجّ بأن من زرع فى أرض غيره يردّ عليه نفقته . قلنا : الزرع ملك للغاصب ، لأنه عين ماله ، ونفقته عليه تزداد به قيمتُه ، فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه ، وفى مسألتنا عمله فى ملك المغصوب منه بغير إذنه ، فكان لاغياً ، على أننا نقول : إنّما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين ، فأما إن نقصت العين دون القيمة ردّ الموجود ، وقيمةَ النقص ، وإن نقصت العينُ ، والقيمةُ ضمنهما معاً كالزيت إذا غلاه . وهكذا القول فى كلّ ما تصرّف فيه ، مثلُ نُقرةٍ ضربها دراهم ، أو حَلْياً ، أو طيناً جعله لَبِناً ، أو غزْلاً نسجه ، أو ثوباً قصّره ، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله ، مثل أن سمّرَ الرفوف بمسامير من عنده ، فله قلعها ، ويضمن مانقصت الرفوف ، وإن كانت المسامير من الخشب المغصوبة أو مال المغصوب منه ، فلا شيء للغاصب ، وليس له قلعها ، إلا أن يأمره المالك بذلك ، فيلزمه ، وإن كانت المسامير للغاصب ، فوهبها للمالك ، فهل يُجبَر على قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن كان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذى ذكرناه ، فالأجرُ عليه ، والحكم فى زيادته ونقصه كما لو وليَ ذلك بنفسه ، إلاّ أن للمالك أن يُضَمِّنَ النقص من شاء منهما . فلو استأجر قصّاباً ، فذبح شاةً ، فللمالك أخذها ، وأرش نقصها ، ويُغرّم من شاء منهما . فإن غرّم الغاصب لم يرجع على أحدٍ ، إذا لم يعلم القصّاب الحال ، وإن ضمن القصّاب رجع على الغاصب ، لأنّه غرّه : وإن علم القصّاب أنها مغصوبة ، فغرّمه لم يرجع على أحدٍ ، لأنه أتلف مال

غيره بغير إذنه ، عالماً بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجع على القصّاب ، لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

٣٩٠٩ (فصــــل)

وإن غصب حبًّا ، فزرعه ، فصار زرعاً أو نوًى ، فصار شجراً ، أو بيضاً ، فحضنه فصار فرخاً فهو للمغصوب منه ، لأنّه عين ماله ، نَمَى ، فأشبه ما تقدّم ، ويتخرّج أن يملكه الغاصب ، بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة : فباضت عنده ، ثم حضنت بيضها ، فصار فراخاً[1] فهُمْ لمالكها ، ولا شيء للغاصب في عَلَفها . قال أحمد في طَيْرة جاءت إلى دار قوم ، فأفرخت عندهم : يردُّ فروخها إلى أصحاب الطَّيْرة ، ولا شيء للغاصب فيما عمل .

وإن غصب شاةً فأنزى عليها فحلاً ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه من نمائها . وإن غصب فحلاً فأنزاه على شاته ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه يتبع الأمّ ، ولا أجرة له ، لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ » وإن نقصه الضراب ضرّ نقصه .

٣٩١٠ (فصــل)

وإن غصب دنانير ، أو دراهم من رجل ، وخلطها بمثلها لآخر ، فلم يتميّزا صارا شريكين ، وقال أبو حنيفة : يملكها الغاصب ، وعليه غرامة مثلها ، لهما . وإن خلطها بمثلها من ماله ، ملكها ، لأنه تعذّر تسليمُها بعينها ، فأشبه مالو تلفت .

ولنا : أنه فِعْلٌ في المغصوب على وجه التعدي لم يَذهب بماليته ، فلم يُزل ملك صاحبه عنه ، كذبح الشاة

٣٩١١ (فصــــل)

وإن غَصب عبداً ، فصاد صيداً ، أو كسب شيئاً ، فهو لسيّده ، وإن غصب جارحاً ، كالفهد ، والبازى فصاد به ، فالصيدُ لمالكه ، لأنه من كسب ماله ، فأشبه صيد العبد ، ويحتمل أنه للغاصب ، لأنه الصائد ، والجارحة آلةٌ له ، ولهذا يُكْتَفَى بتسميته عند إرساله الجارح ، وإن غصب قوساً ، أو سهماً ، أو شبَكةً ، فصاد به ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لصاحب القوس ، والسهم ، والشبكة . لأنه حاصلٌ به ، فأشبه نماء ملكه ، وكسبَ عبده .

---

(١) هكذا : بالأصول ، والصحيح (فهى) لأن (هم) للعاقل والفراخ لا تعقل ، وليس هنا داع لاستعمال ضمير العاقل فيما لا يعقل .

والثانى : للغاصب .لأن الصّيد حصل بفعله ، وهذه آلاتٌ ، فأشبه ما لو ذبح بسكّين غيره ، فإن قلنا : للغاصب .فعليه أجرُ ذلك كلِّه مُدّة مُقامه فى يديه ، إن كان له أجر ، وإن قلنا : هو للمالك لم يكن له أجرٌ فى مُدّة اصطياده ، فى أحد الوجهين . لأن الأجر فى مقابلة منافعه ، ومنافعهُ فى هذه المدّة عائدةٌ إلى مالكه ، فلم يستحقّ عِوَضها على غيره ، كما لو زرع أرضَ إنسان ، فأخذ المالكُ الزرع بنفقته ، والثانى عليه أجرُ مثله . لأنه استوفى منافعه ، أشبه ما لو لم يصد شيئاً .

٣٩١٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب جارية ، فوطئها ، وأولدها لزمه الحدّ ، وأخذها سيّدها ، وأولادَها ، ومهرَ مثلها ﴾
وجملة ذلك : أن الغاصب إذا وطىء الجارية المغصوبةَ فهو زانٍ . لأنّها ليست زوجةً له ، ولا ملكَ يمين ، فإن كان عالماً بالتحريم فعليه حدُّ الزنا . لأنه لا ملك له ، ولا شُبهةَ مِلك ، وعليه مهرُ مثلها ، سواء كانت مُكرهةً ، أو مُطاوعةً ، وقال الشافعىّ : لا مهر للمطاوِعة . لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ مَهْرِ البَغِىّ » .

ولنا : أن هذا حقّ للسيّد فلا يسقُط بمطاوعتها ، كما لو أذِنت فى قطع يدها ، ولأنّه حقٌّ يجب للسيّد مع إكراهها ، فيجبُ مع مُطاوعتها ، كأجر منافعها ، والخبرُ محمولٌ على الحرّة ، ويجب أرشُ بكارتها ، لأنّه بدلُ جزء منها ، ويحتمل أن لا يجب ، لأن مهرَ البِكر يدخُل فيه أرشُ البكارة ، ولهذا يزيدُ على مهر الثيِّب عادةً لأجل ما يتضمّنه من تفويت البكارة .

وإن حملت فالولدُ مملوكٌ لسيّدها . لأنّه من نمائها ، وأجزائها ولا يُلحَقُ نسبُه بالواطىء ، لأنّه من زناً .

فإن وضعته حيًّا وجب ردُّه معها ، وإن أسقطته مَيّتاً لمْ يضمن . لأننا لا نعلم حياته قبل هذا .

هذا قولُ القاضى ، وهو الظاهرُ من مذهب الشافعىّ عند أصحابه ، وقال القاضى أبو الحسين : يجبُ ضمانُه بقيمته ، لو كان حيًّا ، نصّ عليه الشافعىّ . لأنه يضمنُه لو سقط بضَرْبته ، وما ضُمِن بالإتلاف ضَمِنَهُ الغاصب بالتلف فى يده ، كأجر العين ، والأولى إن شاء الله تعالى أن يضمنه بعُشْرِ قيمةِ أمّه . لأنه الذى يضمنُه به بالجناية ، فيضمنُه به فى التلف ، كالأجزاء .

وإن وضعته حيًّا حصل مضموناً فى يد الغاصب ، كالأمّ ، فإن مات بعد ذلك ضمنه بقيمته ، وإن نقصت الأمّ بالولادة ضمن نقصها ، ولم يَنْجبِرْ بالولد ، وبهـــذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : ينجبِرُ نقصُها بولدها .

ولنا : أن ولدها ملك المغصوب منه ، فلا ينجبرُ به نقصٌ حصل بجناية الغاصب ، كالنقص الحاصل

بغير الولادة ، وإن ضرب الغاصبُ بطنَها ، فألقت الجنينَ ميتاً ، فعليه عُشرُ قيمة أمه ، وإن ضرب بطنها أجنبيٌ ففيه مثلُ ذلك ، وللمالك تضمينُ أيهما شاء .

فإن ضمن الغاصبُ رجع على الضارب وإن ضمن الضاربُ لم يرجع على أحدٍ : لأن الإتلاف وُجد منه ، فاستقرّ الضمانُ عليه ، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتُها أكثر ما كانت ، ويدخُل فى ذلك أرشُ بَكارتها ، ونقصُ ولادتها ، ولا يدخلُ فيه ضمان ولدها ، ولا مهرُ مثلها ، وسواء فى هذه الأحكام كلِّها حالةُ الإكراه ، أو المطاوَعةِ لأنها حقوق لسيّدها ، فلا تسقط بمطاوعتها : وأما حقوق الله تعالى ، كالحدّ عليها ، والتعزير فى موضع يجبُ[1] فإن كانت مطاوِعةً على الوطء ، عالمةً بالتحريم فعليها الحدُّ ، إذا كانت من أهله ، والإثم ، وإلا فلا .

٣٩١٣ (فصــــل)

وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك ، لقرب عهده بالإسلام ، أو ناشئاً ببادية بعيدة ، يخفى عليه مثلُ هذا ، فاعتقد حِلّ وطئها ، أو اعتقد أنها جاريتُه ، فأخذها ، ثم تبيّن أنها غيرُها ، فلا حدّ عليه ، لأنّ الحدّ يُدرأ بالشبُهات ، وعليه المهرُ ، وأرشُ البَكارةِ .

وإن حملت فالولد حرّ . لاعتقاده أنها مِلْكهُ ، ويلحقُه النسبُ ، لموضع الشُبْهةِ .

وإن وضعته ميتاً لم يَضمنه لأنّه لم يَعلم حياته ، ولأنه لم يُحَلْ بينه ، وبينه ، وإنّما وجب تقويمُه ، لأجل الحيلولة .

وإن وضعته حيًّا فعليه قيمته يوم انفصاله ، لأنه فوّت عليه رِقَّه باعتقاده ، ولا يمكن تقويمه حملاً فقوِّم عليه أولَ حالِ انفصاله ، لأنه أولُ حال إمكان تقويمه ، ولأن ذلك وقتُ الحيلولة بينه ، وبين سيّده ، وإن ضرب الغاصبُ بطنها ، فألقت جنيناً ميّتاً ، فعليه غُرَّةٌ عبدٌ أو أمَةٌ ، قيمتُها خمسٌ من الإبل ، موروثةً عنه ، لا يرث الضاربُ منها شيئاً . لأنه أتلف جنيناً حرًّا ، وعليه للسيّد عُشر قيمة أمّه . لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب ، فالظاهر حصولُه به وضمانه للسيّد ضمانُ المماليك ، ولهذا لو وضعته حيًّا قوّمناه مملوكاً . وإن كان الضارب أجنبيًّا فعليه غُرَّةٌ ، دِيَةُ الجنين الحرّ . لأنه محكوم بحرّيته ، وتكون موروثةً عنه وعلى الغاصب للسيّد عُشر قيمة أمّه ، لأنه يضمنه ضمان المماليك ، وقد فوّت رقّه على السيّد ، وحصل التلف فى يديه ، والحكم فى المهر ، والأرش ، والأجر ، ونقص الولادة ، وقيمتها على ما مضى ، إذا كانا عالمين . لأن هذه حقوق الآدميّين ، فلا تسقُط بالجهل ، والخطأ ، كالدية .

---

(١) الأسلوب السليم أن يقال يجب فيه ليعود الضمير من الوصف إلى الموصوف ، إلا إذا قلنا بتقدير « فيه » فيجوز .

٣٩١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الغاصب باعها ، فوطئها المشترى ، وأولدها ، وهو لا يعلم رُدّت الجاريةُ إلى سيّدها ، ومهر مثلها، وفَدَى أولاده بمثلهم ، وهم أحرار . ورجع بذلك كلّه على الغاصب ﴾ .

وجملة ذلك : أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعُه فاسدٌ لأنه يبيعُ مالَ غيره ، بغير إذنه ، وفيه رواية أخرى : أنّه يصحّ ، ويقفُ على إجازة المالك ، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وفيه رواية ثالثة : أنّ البيع يصحّ ، وينفذُ . لأنّ الغصب فى الظاهر تتطاولُ مدّته ، فلو لم يصحّ تصرّف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك، والمشترى . لأنّ المالك لا يملك ثمنها ، والمشترى لا يملكها ، والتفريع على الرواية الأولى ،والحكم فى وطء المشترى كالحكم فى وطء الغاصب ، إلاّ أنّ المشترىَ إذا ادّعى الجهالة قُبِل منه ، بخلاف الغاصب ، فإنّه لا يُقبل منه إلاّ بشرطٍ ذكرناه ، ويجب ردّ الجارية إلى سيّدها ، وللمالك مطالبة أيّهما شاء بردّها.لأنّ الغاصب أخذَها بغير حقّ ،وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» والمشترى أخذ مال غيره بغير حقّ أيضاً ، فيدخُل فى عموم الخبر ، ولأن مالَغيره فى يده ، وهذا لاخلاف فيه بحمد الله تعالى .

ويلزم المشترىَ المهرُ لأنه وطىء جاريةَ غيره ، بغير نكاح ، وعليه أرشُ البكارة ، ونقص الولادة ، وإن ولدت منه فالولد حُرّ لاعتقاده أنّه يطأ مملوكته ، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ، ويلحقهُ نسبُه ، وعليه فداؤهم ، لأنّه فوّت رِقّهم على سيّدهم ، باعتقاده حِلّ الوطء .

هذا الصحيحُ فى المذهب ، وعليه الأصحابُ ، وقد نقل ابن منصور ، عن أحمد : أن المشترىَ لايلزمُهُ فداء أولاده ، وليس للسيّد بدلهُم. لأنهم كانوا فى حال العُلوُق أحراراً ، ولم يكن لهم قيمةٌ حينئذٍ ، قال الخلاّل : أحسبُه قولاً لأبى عبد الله أوّلَ ، والذى أذهب إليه : أنّه يفديهم ، وقد نقله ابن منصور أيضاً ، وجعفرُ بن محمد ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، ويفديهم ببدلهم يوم الوضع ، وبهذا قالالشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : يجبُ يومَ المطالبة ، لأنّ ولد المغصوبة لا يضمنهُ عنده إلاّ بالمنع ، وقبلَ المطالبة لم يحصلْ منعٌ ، فلم يجب ، وقد ذكرنا فيما مضى : أنّه يحدُث مضموناً ، فيقوَّمُ يوم وضعه ، لأنه أولُ حالٍ أمكن تقويمُه .

واختلف أصحابنا فيما يفديهم به ، فنقل الخِرَقىّ ههنا : أنه يفديهم بمثلهم ، والظاهر أنه أراد بمثلهم فى السنّ ، والصفات ، والجنس ، والذكوريّة ، والأنوثيّة ، وقد نصّ عليه أحمد .

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم فى القيمة ، وعن أحمد روايةٌ ثالثة : أنه يفديهم بقيمتهم ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وهوأصحّ إن شاء الله تعالى . لأن الحيوانليس بمثلىّ ، فيُضمن بقيمته،

كسائر المتقوّمات ، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته ، وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال فى غير هذا الموضع .

وقول الخِرَقىّ « رجع بذلك كُلِّه على الغاصب » . يعنى بالمهر ، وما فدى به الأولاد . لأن المشترىَ دخل على أن يَسْلَمَ له الأولادُ وأن يتمكّن من الوطء بغير عِوَض ، فإذا لم يَسْلَم لهذلك ، فقد غرّه البائع ، فرجع به عليه .

فأما الجارية إذا ردّها لم يرجع ببدلها ، لأنّها ملكُ المغصوب منه ، رجعت إليه ، لكنّه يرجع على الغاصب بالثمن الذى أخذه منه .

وإن كانت قد أقامت عندهُ مدّةً لمثلها أجر فى تلك المدّة ، فعليه أجرُها ، وان اغتصبها بِكراً فعليه أرشُ بَكارتها ، وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرشُ نقصها ، وإن تلفت فى يده فعليه قيمتُها . وكلُّ ضمانٍ يجبُ على المشترى فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما . لأن يد الغاصب سبَبُ يدِ المشترى ، وما وجب على الغاصب من أجر المدّة التى كانت فى يده ، أو نقصٍ حدث عنده ، فإنّه يرجع به على الغاصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشترى ، فإذا طالب المالك المشترىَ بما وجب فى يده ، وأخذه منه ، فأراد المشترى الرجوعَ به على الغاصب نظرتَ :

فإن كان المشترى حين الشراء علم أنّها غيرُ مغصوبة لم يرجع بشىء . لأن مُوجَب الضمان وُجد فى يده من غير تغرير ، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب :

ضرب لا يرجع به ، وهو قيمتها ، إن تلفت فى يده ، وأرشُ بكارتها ، وبدلُ جُزء من أجزائها . لأنه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به .

وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه . لأنه دخل معه فى العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ، ولم يحصُل من جهته إتلافٌ ، وإنّما الشرعُ أتلفه بحكم بيع الغاصب منه ، وكذا نقص الولادة .

وضرب اختلف فيه ، وهو مهر مثلها ، وأجر نفعها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان :

إحداها : يرجع به ، وهو قول الخرقىّ . لأنه دخل فى العقد على أن يُتلفه بغير عوض ، فإذا غرم عِوَضه رجع به ، كبدل الولد ، ونقص الولادة ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ .

والثانية : لا يرجع به ، وهو اختيار أبى بكر ، وقول أبى حنيفة . لأنه غرم ما استوفى بدله ، فلا ترجع به ، كقيمة الجارية ، وبدل أجزائها ، وهذا القولُ الثانى للشافعىّ . وإن رجع بذلك كلّه على الغاصب ، فكلُّ ما لو رجع به على المشترى لا يرجع به على الغاصب ، إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصبُ على المشترى . وكل ما لو رجع به على المشترى رجع به المشترى على الغاصب . إذا غرمه الغاصبُ لم يرجع به على المشترى ، ومتى ردّها حاملاً ، فماتت من الوضع ، فإنها مضمونة على الواطىء ، لأنّ التلف بسببٍ من جهته .

٣٩١٥ (فصــــل)

ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحدّ دونها ، لأنها معذورة ، وعليه مهرها ، حرّةً كانت ، أو أمةً . فإن كانت حُرّة كان المهرُ لها ، وإن كانت أمَةً كان لسيّدها ، وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجبُ المهرُ لأنه وطء يتعلّق به وجوبُ الحدّ ، فلم يجب به المهرُ ، كما لو طاوعته .

ولنا : أنه وطء في غير ملك ، سقط فيه الحدّ ، من الموطوءة ، فإذا كان الواطىء من أهل الضمان في حقّها وجب عليه مهرها ، كما لو وطئها بشُبهة ، وأما المطاوعة ، فإن كانت أمةً وجب مهرُها . لأنه حقٌّ لسيّدها ، فلا يسقُطُ برضاها ، وإن كانت حُرّة لم يجب لها المهر : لأن رضاها اقترن بالسبب الموجِب ، فلم يُوجِب ، كما لو أذنته في قطع يدها ، أو إتلاف جُزء منها .

وروى عن أحمد رواية أخرى : أنّ الثيِّب لا مهر لها ، وإن أُكرِهت ، نقلها ابن منصور ، وهو اختيار أبي بكر ، والصحيحُ الأول . لأنها مكرهة على الوطء الحرام ، فوجب لها المهر ، كالبكر ، ويجب أرشُ البَكارة مع المهر ، كما قدّمنا .

٣٩١٦ (فصــــل)

إذا أجّر الغاصبُ المغصوبَ فالإجارةُ باطلة ، على إحدى الروايات ، كالبيع ، ولمالكه تضمين أيّهما شاء أجرَ مثلها ، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك ، لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة ، إلا إن يزيد أجرُ المثل على المسمّى في العقد ، فيرجع بالزيادة ، ويسقُط عنه المسمّى في العقد ، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به ، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلمالكها تغريمُ من شاء منهما قيمتها ، فإن غرّم المستأجرَ فله الرجوع بذلك على الغاصب . لأنه دخل معه على أنه لا يضمنُ العين ، ولم يحصل له بدلٌ في مقابلة ما غَرِم ، هذا إذا لم يعلم بالغصب ، وإن علم لم يرجع على أحدٍ . لأنه دخل على بصيرة ، وحصل التلف في يده ، فاستقرّ الضمان عليه .

فإن غرم الغاصبُ الأجرَ ، والقيمةَ رجع بالأجر على المستأجر ، على كلّ حال ، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالغصب ، وإلاّ فلا ، وهذا قول الشافعيّ ومحمد ابن الحسن ، في الفصل كلّه ، وحُكي عن أبي حنيفة أن الأجر للغاصب ، دون صاحب الدار ، وهذا فاسدٌ . لأن الأجر عِوَض المنافع المملوكة لربّ الدار ، فلم يملكها الغاصبُ ، كعِوَض الأجزاء .

٣٩١٧ (فصــــل)

وإن أودع المغصوبَ ، أو وكّل رجلاً في بيعه ، ودفعه إليه ، فتلف في يده فللمالك تضمينُ أيِّهما شاء ، أمّا الغاصبُ فلأنه حالَ بين المالك ، وبين ملكه ، وأثبت اليد العاديَةَ عليه ، والمستودَع والوكيلُ لإثباتهما

أيديهما على مِلكٍ معصوم بغير حقّ ، فإن غرم الغاصبُ ، وكانا غير عالمين بالغصب ، استقرّ الضمان عليه ، ولم يرجع على أحدٍ ، وإن غَرّمهما رجعا على الغاصب بما غَرِما من القيمة ، والأجر ، لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ، ولم يحصُل لهما بدل عمّا ضمِنا .

وإن علما أنّها مغصوبة استقرّ الضمانُ . لأن التلف حصل تحت أيديهما . من غير تغرير بهما . فاستقرّ الضمانُ عليهما .

فإن غرما شيئاً لم يرجعا به ، وإن غرم الغاصبُ رجع عليهما ، لأنّ التلف حصل فى أيديهما . وإن جَرَحها الغاصبُ ، ثم أودعها . أو ردّها إلى مالكها . فتلفت بالجرح استقرّ الضمان على الغاصب بكلّ حال . لأنه هو المتلِف . فكان الضمانُ عليه ، كما لو باشرها بالإتلاف فى يده .

٣٩١٨ (فصـــل)

وإن أعار العين المغصوبة . فتلفت عند المستعير . فللمالك تضمينُ أيّهما شاء أجرها . وقيمتها ، فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحدٍ . وإن غرم الغاصبُ رجع على المستعير . وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين . لأنه قبضها على أن تكون مضمونةً عليه . وهل يرجع بما غرِم من الأجر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرجع . لأنه دخل على أن المنافع له غيرُ مضمونة عليه .

والثانى : لا يرجع لأنه انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرِم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال ، وإذا كانت العينُ وقتَ القبض أكثرَ قيمةً من يوم التلف ، فضمن الأكثرَ ، فينبغى أن يرجع بما بين القيمتين : لأنه دخل على أنه لا يضمّنه ، ولم يستوف بدله ، فإن ردّها المستعيرُ على الغاصب ، فللمالك أن يُضمِّنَه أيضاً ، لأنه فوّت الملك على مالكه ، بتسليمه إلى غير مُستحقّه ، ويستقرّ الضمان على الغاصب ، إن حصل التلف فى يديه ، وكذلك الحكم فى المودَع ، وغيره .

٣٩١٩ (فصـــل)

وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب ، استقرّ الضمانُ على المتّهب ، فمهما غرم من قيمة العين ، أو أجزائها لم يرجع به على أحد ، لأن التلف حصل فى يديه ، ولم يَغُرّه أحد ، وكذلك أجر مدّة مُقامه فى يديه ، وأرشُ نقصه إن حصل ، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمينُ أيهّما شاء . فإن ضمن المتّهبُ رجع على الواهب بقيمة العين ، والأجزاء ، لأنه غَرّه . وقال أبو حنيفة : أيّهما ضمن لم يرجع على الآخر .

ولنا : أن المتّهب دخل على أن تَسْلَم له العين ، فيجبُ أن يرجع بما غَرِم من قيمتها ، كقيمة الأولاد ،

فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه ، فأما الأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة فهل يرجع به المتّهب على الواهب ؟ فيه وجهان ، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتّهب ؟ فيه وجهان :

٣٩٢٠ (فصـــل)

وتصرّفات الغاصب كتصرّفات الفضوليّ على ما ذكرنا من الروايتين .

إحداهما : بطلانها .

والثانية : صحّتها ووقوفها على إجازة المالك ، وذكر أبو الخطّاب : أن فى تصرّفات الغاصب الحكميّة روايةً : أنها تقع صحيحةً ، وسواء فى ذلك العبادات ، كالطهارة ، والصلاة ، والزكاة ، والحجّ ، أو العقود كالبيع ، والإجارة ، والنّكاح ، وهذا ينبغى أن يتقيّد فى العقود بما لم يُبطله المالك ، فأمّا ما اختار المالك إبطاله ، وأخذ المعقود عليه ، ، فلم نعلم فيه خلافاً ، وأما ما لم يُدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدّته ؛ وتكثرُ تصرّفاته ؛ ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير ، وربمّا عاد الضرر على المالك ؛ فإنّ الحكم بصحّتها يقتضى كون الربح للمالك ، والعوَض بنمائه ؛ وزيادته له ؛ والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

٣٩٢١ (فصـــل)

وإذا غصب أثماناً ، فاتجر بها ، أو عُروضاً ؛ فباعها ، واتّجر بثمنها ، فقال أصحابنا : الربح للمالك، والسلع المشتراة له ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطّاب : إن كان الشراء بعين المال فالربحُ للمالك ، قال الشريف : وعن أحمد : أنه يتصدّق به ، وإن اشتراه فى ذمّته ، ثم نقد الأثمان ، فقال أبو الخطّاب : يحتملُ أن يكون الربح للغاصب ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ فى أحد قوليه . لأنّه اشترى لنفسه فى ذمّته ، فكان الشراء له ، والربح له ، وعليه بدل المغصوب ؛ وهذا قياس قول الخِرَقىّ ؛ ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه ، فكان له ، كما لو اشترى بعين المال ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وإن حصل خسُرانٌ ، فهو على الغاصب ، لأنه نقصٌ حصل فى المغصوب ، وإن دفع المالَ إلى من يُضارب به فالحكمُ فى الربح على ما ذكرناه ، وليس على المالك من أجر العامل شىء لأنه لم يأذن له فى العمل فى ماله ، وأما الغاصبُ فإن كان المضاربُ عالماً بالغصب ، فلا أجر له ، لأنه مُتَعَدٍّ بالعمل ، ولم يَغُرّه أحد ، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجرُ مثله ، لأنه استعمله عملًا بعوَض لم يحصُل له ، فلزمه أجرُه كالعقد الفاسد .

٣٩٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب شيئاً ، ولم يقدر على ردّه لزمت الغاصبَ القيمة ، فإن قدر عليه ردّه ، وأخذ القيمة ﴾

وجملته : أن من غصب شيئاً يَعْجِز عن ردّه ، كعبدٍ أبقَ ، أو دابّةٍ شَرَدَتْ فللمغصوب منه المطالبة ببدله ، فإذا أخذه ملكه ، ولم يملك الغاصبُ العين المغصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردُّها ،

ويسترد قيمتها التى أداها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها ، فيستردها ، وبين تضمينه إياها ، فيزول ملكه عنها ، وتصير ملكاً للغاصب ، لا يلزمه ردها ، إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه ، لأن الملك ملك البدل ، فلا يبقى ملكه على المبدل ، كالبيع ، ولأنه تضمين فيما ينقل الملك فيه ، فنقله كما لو خلط زيته بزيته .

ولنا : أن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يصح بالتضمين ، كالتالف ، ولأنه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك ، كما لو كان المغصوب مدبّراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل . لأنه مَلكَ القيمةَ لأجْل الحيلولة ، لا على سبيل العِوَض .

ولهذا إذا رد المغصوب اليه رد القيمة عليه ، ولا يُشبه الزيتَ لأنه يجوز بيعُه ، ولأن حق صاحبه انقطع عنه،لتعذر رده أبداً.

إذا ثبت هذا : فإنه متى قدر على المغصوب رده ، ونماءه المنفصل ، والمتصل ، وأجر مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا يلزمه ، لأنه استحق الانتفاع ببدله الذى أقيم مُقامه ، فلم يستحق الانتفاع به ، وبما قام مَقامه ، كسائر ما عداه .

والثانى : له أجر ، لأن العين باقيةٌ على مِلكه ، والمنفعة له ، ويجب على المالك ردُّ ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب ، لأنه أخذه بالحيلولة ، وقد زالت ، فيجب ردُّ ما أخذ من أجلها . إن كان باقيا بعينه ، ورد زيادته المتصلة ، كالسِّمن ، ونحوه ، لأنها تتبع فى الفسوخ ، وهذا فسخ ، ولا يلزم رد زيادته المنفصلة ، لأنها وجدت فى ملكه ، ولا تتبع فى الفسوخ ، فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب ، وإن كان البدل تالفاً ردَّ مثله ، أو قيمته ، إن لم يكن من ذوات الأمثال .

٣٩٢٣ (فصـــــــل)

وإن غصب عصيراً ، فصار خمراً ، فعليه مثلُ العصير لأنه تلف فى يديه ، فإن صار خلاً وجب ردُّه ، وما نقص من قيمة العصير ، ويسترجع ما أداه من بدله ؛ وقال بعض أصحاب الشافعى : يرد الخل ، ولا يسترجع القيمة ؛ لأن العصير تلف بتخمره ؛ فوجب ضمانه ، وإن عاد خلاً ، كما لو هُزِلت الجارية السمينةُ ثم عادَ سِمَنُها فإنه يردها ؛ وأرشَ نقصها .

ولنا : أن الخلَّ عينُ العصير تغيرت صفتهُ ؛ وقد رده ؛ فكان له استرجاع ما أداه بدلاً عنه ؛ كما لو غصبه ؛ فغصبه منه غاصب ثم رده عليه ، وكما لو غصب حَملاً ، فصار كبشاً ؛ أما السِّمنُ الأول فلنا فيه منع . وإن سلمناه فالثانى غيرُ الأول ، بخلاف مسألتنا .

٣٩٢٤ (فصـــــل)

وإذا غصب شيئاً ببلد ، فلقيه ببلد آخر ، فطالبه به ، نظرتَ : فإن كان أثماناً لزمه دفعها إليه ، لأن الأثمان قيمُ الأشياء ، فلا يضرّ اختلاف قيمتها ، وإن كانت غيرَها ، وكانت من المِثليّات ، وقيمته في البلدين واحدةٌ ، أو كانت قيمتُه في بلد الغصب أكثرَ لزمه أداء مثله ، لأنّه لا ضرر عليه ، وكذلك إن كانت قيمته مختلفة ، إلاّ أنه لا مُؤْنة لحمله ، فله المطالبة بمثله ، لأنه أمكنه ردّ المثل من غير ضرر يلحقه ، وإن كان لحمله مؤنة ، وقيمته في البلد الذي غصبه فيه أقلّ فليس عليه ردّه ولا ردّ مثله . لأننا لا نكلّفه مؤنة النقل إلى بلد ، لا يستحقّ تسليمه فيه ، وللمغصوب منه الخِيَرَة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده ، وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه ، لأنه تعذّر ردّه وردّ مثله ، وإن كان من المتقوّمات فله المطالبة بقيمته ، في البلد الذي غصبه فيه ، ومتى قدر على ردّ العين المغصوبة ردّها ، واسترجع بدلها ، على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا .

٣٩٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو غصبها حاملا ، فولدت في يده ، ثم مات الولد أخذها سيّدها ، وقيمةَ ولدها أكثرَ ما كانت قيمته ﴾

الكلام في هذه المسألة في أمرين :

(أحدها) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان ، أمةً أو غيرها ، فالولدُ مضمون ، وكذلك لو غصب حائلاً ، فحملت عنده ، وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب ضمان الولد في الصورتين ، لأنه ليس بمغصوب ، إذ الغصبُ فعل محظور ، ولم يوجد ، فإن الموجود ثبوتُ اليد عليه ، وليس ذلك من فعله ، لأنه انبنى على وجود الولد ، ولا صُنع له فيه .

ولنا أن ما ضَمِن خارج الوعاء ضَمِن ما فيه كالدرّة في الصدفة ، والجوز ، واللوز ، ولأنه مغصوب ، فيُضمن ، كالأمّ ، فإنّ الولد إمّا أن يكون مودوعاً في الأم ، كالدرّة في الحُقّة : وإما أن يكون كأجزائها ، وفي كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف ، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف ، فإن أسقطته ميّتاً لم يضمنه ، لأنه لا تُعلم حياته ، ولكن يجب ما نقصت الأمّ عن كونها حاملاً ، وأمّا إذا حدث الحمل فقد سبق الكلامُ فيه .

(الأمر الثاني) أنه يلزمه ردّ الموجود من المغصوب ، وقيمة التالف ، فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الردّ ردّها ، وإن كانت تختلف نظرنا : فإن كان اختلافهما لمعنًى فيه ، من كِبَرَ وصِغَرٍ ، وسِمَنٍ ، وهُزالٍ ، وتعلُّمٍ ، ونسيانٍ ، ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمةُ ، وتنقصُ ،

فالواجب القيمة أكثرَ ما كانت ، لأنّها مغصوبة فى الحال التى زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب ، على ما قررناه فيما مضى .

فإن كانت زائدةً حين تلفها لزمته قيمتها حينئذٍ ، لأنّه كان يلزمه ردّها زائدةً ، فلزمته قيمتها كذلك .

وإن كانت زائدةً قبل تلفها ، ثم نقصت عند تلفها ، لزمه قيمتها حين كانت زائدةً ، لأنه لو ردّها ناقصةً للزمه أرشُ نقصها ، وهو بدل الزيادة ، فإذا ضمن الزيادة مع ردّها ضمنها عند تلفها ، فإن كان اختلافها لتغيّر الأسعار لم يضمن الزيادة ، لأن نقصان القيمة لذلك لا يُضمن مع ردّ العين ، فلا يُضمن عند تلفها ، وحمل القاضى قول الخِرَقىّ على ما إذا اختلفت القيمة لتغيّر الأسعار ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه ، فإذا تعذّر ردّها ضمنها كقيمة يوم التلف ، وإنّما سقطت القيمة مع ردّ العين ، والمذهب الأول . لما ذكرنا .

وتفارق هذه الزيادة زيادة المعانى ، لأن تلك تُضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وهذه لا تُضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وقولهم : إنّها سقطت بردّ العين . لا يصحّ لأنها لو وجبت لما سقطت بالردّ ، كزيادة السِّمن ، والتعلّم ، قال القاضى : ولم أجد عن أحمد روايةً بأنها تُضمن بأكثر القيمتين ، لتغيّر الأسعار ، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد وعنه أنها تُضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك . لأنه الوقت الذى أزال يده عنه ، فيلزمه القيمةُ حينئذٍ ، كما لو أتلفه .

ولنا : أن القيمة إنما تثبت فى الذمّة حين التلف ، لأن قبل ذلك كان الواجب ردّ العين ، دون قيمتها ، فاعتُبرت تلك الحالة ، كما لو لم تختلف قيمته ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن إمساك المغصوب غصبٌ ، فإنه فعلٌ يجب عليه تركه فى كلّ حال ، وما رُوى عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلاّل : جَبُنَ أحمد عنه ، كأنه رجع إلى قوله الأول .

٣٩٢٦ (فصــل)

وإن كان المغصوب من المثليّات ، فتلف ، وجب ردّ مثله ، فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ، وقال القاضى : تجبُ قيمتهُ يوم قبض البدل ، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل ، بدليل أنّه لو وجد المثل بعد فقده ، لكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأكثر أصحاب الشافعىّ : تجب قيمته يوم المحاكمة ، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمّته إلاّ حين حكم بها الحاكم .

ولنا : أن القيمة وجبت فى الذمّة حين انقطاع المثل ، فاعتُبرت القيمةُ حينئذ ، كتلف المتقوَّم ،

ودليل وجوبها حينئذٍ أنه يَستحقّ طلبها ، واستيفاءها ، ويجب على الغاصب أداؤها ، ولا ينفى وجوب المثل ، لأنه معجوز عنه ، والتكليف يستدعى الوُسْعَ ، ولأنّه لا يَستحقّ طلب المثل ، ولا استيفاءه ، ولا يجب على الآخر ، أداؤه ، فلم يكن واجباً ، كحالة المحاكمة ، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنّه يعودُ وجوبه ، لأنه الأصلُ قدَر عليه قبل أداء البدل ، فأشبه القدرة على الماء بعد التيمّم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة ، وقبل الاستيفاء لاستحقّ المالكُ طلبه ، وأخذه ، وقد رُوى عن أحمد فى رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا ، وكذا ، أعطاه على السعر يوم أخذه ، لا يوم يُحاسبه ، وكذلك روى عنه فى حوائج البقّال : عليه القيمةُ يومَ الأخذِ .

وهذا يدلّ على أن القيمة تُعتبر يوم الغصب ، وقد ذكرنا ذلك فى الفصل قبل هذا ، ويمكن التفريق بين هذا ، وبين الغصب من قِبَل أنّ ما أخذه ههنا بإذن مالكه ، ملَكه ، وحلّ له التصرّف فيه ، فتثبت قيمته يوم ملكه ، ولم يتغيّر ما ثبت فى ذمّته بتغيّر قيمة ما أخذه ، لأنّه ملكه ، والمغصوب ملكٌ للمغصوب منه ، والواجبُ ردّه ، لا قيمتُه ، وإنّما تثبت قيمتُه فى الذمّة يوم تلفه ، أو انقطاع مثله ، فاعتُبرت القيمة حينئذٍ ، وتغيّرت بتغيُّره قبل ذلك ، فأمّا إن كان المغصوب باقياً ، وتعذّر ردُّه ، فأوجبنا ردّ قيمته ، فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها ، لأن القيمة لم تثبُت فى الذمّة قبل ذلك ، ولهذا يتخيّر بين أخذها ، والمطالبة بها ، وبين الصبر إلى وقت إمكان الردّ ، ومطالبة الغاصب بالسعى فى ردّه ، وإنّما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه ، وبينه ، فيُعتبر ما يقُوم مقامه ، ولأن ملكه لم يَزُل عنه ، بخلاف غيره .

٣٩٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت المغصوب أجرة فعلى الغاصب ردّه ، وأجر مثله مدّة مُقامه فى يديه ﴾

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

(أحدهما) وجوب ردّ المغصوب .

(والثانى) ردّ أجرته : أمّا الأول فإن المغصوب متى كان باقياً وجب ردّه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ »[1] رواه أبو داود وابن ماجه ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، وروى عبد الله بن السائب ، بن يزيد ، عن أبيه ، عن جدّه : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لاعِباً جادًّا ، ومن أخذ عَصاَ أخيهِ فَلْيَرُدَّهَا » رواه أبو داود ، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه ، وهو جادّ فى إدخال الغمّ ، والغيظ عليه ، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حقّ ، فلزمه إعادتها ، وأجمع العلماء على وجوب ردّ المغصوب ، إذا كان باقياً بحاله ، لم يتغيّر ،

(١) هذا الحديث مروى بالمعنى : إذ نص الحديث: (حتى تؤديه) .

(الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأكول ، فإن كان مملوكاً لغير الغاصب ، وخيف تلفه بقلعه ، لم يقلع ، لأن فيه إضراراً بصاحبه ، ولا يُزال الضررُ بالضرر ، ولا يجبُ إتلاف مال مَنْ لم يَجْنِ صيانةً لمالِ آخرَ ، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضي : لا يجبُ ردّه ، لأنه يمكن ذبح الحيوان ، والانتفاع بلحمه ، وذلك جائز ، وإن حصل فيه نقص على الغاصب ، فليس ذلك بمانع من وجوب ردّ المغصوب ، كنقص البناء لردّ الحجرَ المغصوب ، وقال أبو الخطّاب : فيه وجهان :

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه ، لأن للحيوان حُرمةً في نفسه ، وقد نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن ذبح الحيون لغير أكله ، ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين ، ويحتمل أن يُفرق بين ما يُعدّ للأكل من الحيوان ، كبهيمة الأنعام ، والدجاج ، وأكثر الطير ، وبين ما لا يُعدّ له ، كالخيل، والطير المقصود صوته ، فالأول يجبُ ذبحه ، إذا توقّف ردّ المغصوب عليه .

(والثاني) لا يجب ، لأنّ ذبحه إتلاف له ، فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ، ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان ، أو تلف بعض أعضائه ، أو ضررٍ كثيرٍ وجب ردّه .

٣٩٢٩ (فصــل)

وإن غصب فصيلاً ، فأدخله داره فكبر ، ولم يخرج من الباب ، أو خشبةً ، وأدخلها داره ، ثم بنى الباب ضيِّقاً لا يخرج معه إلا بنقضه وجب نقضه ، ورد الفصيل ، والخشبة، كما ينقض البناءلردّ الساجة[1] ، فإن كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نُقِض البابُ ، وضمانه على صاحب الفصيل ، لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة : فإن كان كسرها أكثرَ ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل ، وإن كان أقلّ كُسِرت .

ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقلّ ضرراً ذُبح ، وأخرج لحمه ، لأنه في معنى الخشبة ، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه ، كرجل غصب داراً ، فأدخها فصيلاً ، أو خشبةً ، أو تعدّى على إنسان ، فأدخل داره فرسا ، ونحوها كسرت الخشبة ، وذبح الحيوان ، وإن زاد ضرره على نقض البناء ، لأن سبب هذا الضرر عدوانه ، فيجعل عليه دون غيره .

ولو باع داراً فيها خوابي لا تخرجُ إلا بنقض الباب ، أو خزائنُ ، أو حيوانٌ ، وكان نقض الباب أقلّ ضرراً من بقاء ذلك في الدار ، أو تفصيله ، أو ذبح الحيوان ، نُقض ، وكان إصلاحُه على البائع ، لأنه لتخليص ماله ، وإن كان أكثر ضرراً لم يُنقض ، لأنّه لا فائدة فيه ، ويصطلحان على ذلك ، إمّا بأن يشتريه مشتري الدار ، أوغير ذلك .

(١) الساجة : جشبة من نوع معروف شجره يسمى الساج .

٣٩٣٠ (فصـــل)

وإن غصب جوهرةً ، فابتلعتها بهيمةٌ ، فقال أصحابنا : حكمها حـكم الخيط الذى خاط به جُرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذُبح الحيوان ، ورُدّت إلى مالـكها ، وضمان الحيوان على الغاصب ، إلا أن يكون الحيوان آدميًا ، وفارق الخيط ، لأنه فى الغالب أقلُّ قيمةً من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمةً ، ففى ذبح الحيوان رعايةُ حقّ المالك بردّ عين ماله إليـه ، ورعايةُ حقّ الغاصب بتقايل الضمان عليه ، وإن ابتلعت شاةُ رجلٍ جوهرةَ آخر ، غيرَ مغصوبةٍ ، ولم يمكن إخراجها ، إلا بذبح الشاة ذُبحت ، إذا كان ضرر ذبحها أقلّ ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة ، لأنه لتخليص ماله ، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة ، بكون يده عليها ، فلا شىء لصاحب الجوهرة ، لأن التفريط من صاحب الشاة ، فالضرر عليه ، وإن أدخلت رأسها فى قمقم ، فلم يمـكن إخراجه إلا بذبحها ، وكان الضرر فى ذبحها أقلّ ذُبحت ، وإن كان الضرر فى كسر القمقم أقلّ كسر القمقم ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمانُ عليه ، وإن كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه فى الطريق فالضمانُ عليه ، وإن لم يكن منهما تفريط ، فالضمان على صاحب الشاة ، إن كسر القمقم ، لأنه كُسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم ، لأنه لتخليص قمقمه .

فإن قال مَنْ عليه الضمان منهما : أنا أُتلف مالى ، ولا أغرّم شيئاً للآخر ، فله ذلك ، لأن إتلاف مالِ الآخر إنّما كان لحقّـه ، وسلامة ماله ، وتخليصه ، فإذا رضى بتلفه لم يجُز إتلاف غيره ، وإن قال : لا أتلف مالى . ولا أغرم شيئاً لم نمـكّنه من إتلاف مال صاحبه . لـكن صاحبُ القمقم لا يُجبر على شىء . لأن القمقم لا حرمةَ له . فلا يُجبر صاحبه على تخليصه . وأما صاحبُ الشاة فلا يحلّ له تركها . لمـا فيه من تعذيب الحيوان . فيقال له : إمّا أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب . وإما أن تغرّم القمقمَ لصاحبه ، إذا كان كسرهُ أقلّ ضرراً . ويخلصها . لأن ذلك من ضرورة إبقائها . أو تخليصها من العذاب . فلزمه كملفها . وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المـأكول فيما ذكرنا . واحتمل أن يكسر القمقم . وهو قول أصحابنا . لأنه لا نفع فى ذبحه . ولا هو مشروع . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله . ويحتمل أن يجرى مجرى المـأكول : فى أنه متى كان قتلُه أقل ضرراً . وكانت الجنايةُ من صاحبه قُتل . لأن حُرمته معارِضةٌ لحرمة الآدمىّ الذى يُتلف ماله ، والنهى عن ذبحه معارَض بالنهى عن إضاعة المـال . وفى كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعةٌ للمال ، والله أعـلم .

٣٩٣١ (فصـــل)

وإن غصب ديناراً ، فوقع فى محبرته ، أو أخذ دينار غيره ، فسها ، فوقع فى محبرته ، كسرت ورُدّ الدينار كما ينقض البناء . لردّ الساجة ، وكذلك إن كان درهماً أو أقلّ منه ، وإن وقع من غير فعله كُسِرت لردّ الدينار ، إن أحبّ صاحبُه، والضمان عليه ، لأنه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً، فوقع فى محبرةِ آخرَ بفعل الغاصب ، أو غير فعله كسرت لردّه ، وعلى الغاصب ضمان المحبره لأنه السبب فى كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ، ولم تكسر .

وإن رمى إنسان ديناره فى محبرة غيره عُدوانا ، فأبى صاحبُ المحبرة كسرها لم يُجبر عليه ، لأن صاحبه تعدّى برميه فيها ، فلم يُجبر صاحبها على إتلاف ماله ، لإزالة ضرر عدوانه ، عن نفسه ، وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ، ويحتمل أن يُجبر على كسرها لردّ عين الغاصب ، ويضمن الغاصب قيمتها ، كما لو غرس فى أرض غيره مَلَكَ حفر الأرض بغير إذن المالك ، لأخذ غرسه ، ويضمن نقصها بالحفر ، وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثرُ من قيمتها .

٣٩٣٢ (فصـــل)

وإن غصب لوحا فرقع به سفينة ، فإن كانت على الساحل لزم قلعه وردّه ، وإن كانت فى لُجة البحر ، واللوحُ فى أعلاها بحيثُ لا تفرقَ بقلعه لزم قلعُه ، وإن خِيف غرقُها بقلعه لم يُقلع حتى تخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح طلبُ قيمته ، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه ، وردّ القيمة ، كما لو غصب عبداً ، فأبَقَ ، وقال أبو الخطّاب : إن كان فيها حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب لم يقلع ، كالخيط ، وإن كان فيها مالٌ للغاصب ، أو لا مال فيها ، ففيها وجهان .

أحدهما : لا يقلع .

والثانى : يقلع فى الحال ، لأنه أمكن ردّ المغصوب ، فلزم ، وإن أدّى إلى تلف المال ، كردّ الساجة المبنىّ عليها ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

ولنا : أنه أمكن ردّ المغصوب من غير إتلاف ، فلم يجز الإتلاف ، كما لو كان فيها مال غيره ، وفارق الساجة فى البناء ، فإنه لا يمكن ردّها من غير إتلاف .

٣٩٣٣ (فصـــل)

وإذا غصب شيئاً ، فخلطه بما يمكن تمييزه منه ، كحنطة بشعير ، أو سمسم ، أو صغار الحبّ بكباره ، أو زبيب أسود بأحمر ، لزمه تمييزه ، وردّه ، وأجر المميز عليه ، وإن لم يمكن تمييز جميعه ، وجب تمييزه ما أمكن ، وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

أحدها : أن يخلطه بمثله من جنسه ، كزيت بزيت ، أو حنطة بمثلها ، أو دقيق بمثله ، أودنانير،أودراهم بمثلها ، فقال ابن حامد : يلزمه مثلُ المغصوب منه ،وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه نصّ على أنه يكون شريكاً به ، إذا خلطه بغير الجنس ، فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه،وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، إلا فى الدقيق ، فإنه تجب قيمته ، لأنه عندهم ليس بمثلىّ وقال القاضى : قياس المذهب أنه يلزمه مثله ، إن شاء منه ، وإن شاء من غيره ، لأنه تعذّر عليه ردّ عين ماله . بالخلط ، فأشبه ما لو تلف ، لأنه لا يتميّز له شىء من ماله .

ولنا : أنه قدر على دفع بعض ماله إليه ، مع ردّ المثل فى الباقى، فلم ينتقل إلى المثل فى الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله ، وبدل الباقى ، فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثانى والثالث والرابع)

أن يخلطه بخير منه ، أو دونه ، أو بغير جنسه ، فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان ، يباع الجميع ، ويدفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقه ، لأنه قال فى رواية أبى الحارث ، فى رجل له رطل زيت ، وآخر له رطل شيرج ، اختلطا : يُباع الدهن كلّه ، ويُعطى كلّ واحد منهما قدر حصته ، وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كلّ واحد منهما عين ماله ، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل ، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ، فعلى الغاصب ضمانُ النقص ، لأنه حصل بفعله .

وقال القاضى : قياس المذهب : أنّه يلزم الغاصب مثله ، لأنه صار بالخلط مستهلَكاً ، وكذلك لو اشترى زيتاً ، فخلطه بزيته ، ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ، ولأنّه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله ، فكان له بدله ، كما لو كان تالفاً ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب ، فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقّه من المثليّات مميّزاً ، فلزمه مثله ، كما لو أتلفه ، إلا أن خلطه بخير منه ، وبذل لصاحبه مثل حقّه منه لزمه قبوله ، لأنّه أوصل إليه بعض حقه بعينه ، وتبرّع بالزيادة فى مثل الباقى . وإن خلطه بأدْوَنَ منه ، فرضى المالك بأخذ قدر حقّه منه لزم الغاصب بذله ، لأنه أمكنه ردّ بعض المغصوب ، وردّ مثل الباقى من غير ضرر ، وقيل لا يلزم الغاصب ذلك ، لأن حقّه انتقل إلى الذمّة ، فلم يُجبر على غير مال، وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يُجبَر على قبوله ، لأنه دون حقّه ، وإن تراضيا بذلك جاز، وكان المالكُ متبرّعاً بترك بعض حقّه .

وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقّه من الردىء ، أو دون حقّه من الجيّد لم يجُز ، لأنه ربا ، لأنه يأخذ الزائد فى القدر عوَضاً عن الجودة ، وإن كان بالعكس ، فرضى دون حقّه من الردىء ، أو سمح الغاصبُ فدفع أكثر من حقّه من الجيّد جاز ، لأنه لا مقابل للزيادة ، وإنّما هى تبرّع مجرّد ، وإن خلطه

بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله ، من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له ، كزيت خلطه بماء ، أو لبن شابه بماء ، فإن أمكن تخليصه خلصه ، ورد نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه ، أوكان ذلك يفسده رجع عليه بمثله ، لأنه صار كالهالك ، وإن لم يفسده رده ورد نقصه ، وإن احتيج فى تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك ، لأنه بسببه ، ولأصحاب الشافعى فى هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

٣٩٣٤ (فصـــــل)

وإن غصب ثوباً فصبغه ، لم يخلُ من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يصبغه بصبغ له .

الثانى : أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه .

الثالث : أن يصبغه بصبغ لغيرها ، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الثوب ، والصبغ بحالها ، لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص،مثل إن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة ، فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرةً ، فهما شريكان لأن الصبغ عينُ مالٍ له قيمة ، فإن تراضيا بتركه لها جاز ، وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثانى) إذا زادت قيمتهما ، فصارا يساويان عشرين نظرتَ : فإن كان ذلك لزيادة الثياب فى السوق ، كانت الزيادة لصاحب الثوب ، وإن كانت لزيادة الصبغ فى السوق ، فالزيادة لصاحبه ، وإن كانت لزيادتهما معاً فهى بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما ، فإن تساويا فى الزيادة فى السوق تساويا صاحباها فيهما ، وإن زاد أحدهما ثمانيةً والآخر اثنين ، فهى بينهما كذلك ، وإن زاد بالعمل فالزيادة بينهما ، لأن عمل الغاصب زاد به فى الثوب ، والصبغ ، وما عمله فى المغصوب للمغصوب منه ، إذا كان أثراً وزيادةُ مال الغاصب له ، وإن نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمنه الغاصب ، لما تقدم ، وإن نقص لأجل العمل فهو على الغاصب ، لأنه متعديه ، فإذا صارقيمة الثوب مصبوغاً خمسة ، فهو كله لمالكه ، ولا شيء للغاصب ، لأن النقص حصل بعدوانه ، فكان عليه ، وإن صارت قيمته سبعةً صار الثوبُ بينهما ، لصاحبه خمسة أسباعه ، ولصاحب الصِّبغ سُبعاه .

وإن زادت قيمة الثوب فى السوق ، فصار يُساوى سبعةً ، ونقص الصِّبغ ، فصار يساوى ثلاثةً ، وكانت قيمة الثوب مصبوغاً عشرة ، فهو بينهما : لصاحب الثوب سبعة ، ولصاحب الصبغ ثلاثة ، وإن ساوى اثنى عشر قسِّمت بينهما : لصاحب الثوب نصفُها ، وخُمسها ، وللغاصب خُمسها ، وعُشرها ، وإن

انعكس الحال ، فصار الثوب يساوى فى السوق ثلاثةً ، والصِّبغ سبعةً انعكست القيمةُ ، فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب فى التى قبلها ، ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ ، لأن زيادة السعر لا تُضمن .

فإن أراد الغاصب قلع الصبغ ، فقال أصحابنا : له ذلك ، سواء أضرّ بالثوب ، أو لم يضرّ ، ويَضمنُ نقص الثوب ، إن نقص ، وبهذا قال الشافعىّ : لأنه عينُ مالِه ، فملك أخذه ، كما لو غرس فى أرض غيره ، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغُه بالقلع ، وبين مالا يهلك ، وينبغى أن يقال : ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه ، لأنه سَفَهٌ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ أنّه لا يُمكَّنُ من قلعه ، إذا تضرّر الثوب بقلعه ، لأنه قال فى المشترى : إذا بنى ، أوغرس فى الأرض المشفوعة ، فله أخذه ، إذا لم يكن فى أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة : ليس له أخذه ، لأنّ فيه إضراراً بالثوب المغصوب ، فلم يمكّن منه ، كقطع خِرْقَةٍ منه ، وفارق قلع الغَرس ، لأن الضرر قليلٌ يحصُل به نفع قلع العروق من الأرض ، وإن اختار المغصوبُ منه قلعَ الصبغ ففيه وجهان :

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه ، كما يملك إجباره على قلع شجرة . من أرضه ، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه ، على وجه أمكن تخليصه ، فلزمه تخليصه ، وإن استضرّ الغاصب ، كقلع الشجر ، وعلى الغاصب ضمانُ نقص الثوب ، وأجر القلع ، كما يضمن ذلك فى الأرض .

والثانى : لا يملك إجباره عليه ، ولا يمكّن من قلعه ، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ، وقد أمكن وصول الحقّ إلى مستحقّه بدونه ، بالبيع ، فلم يُجبر على قلعه ، كقلع الزرع من الأرض ، وفارق الشجر ، فإنه لا يتلف بالقلع ، قال القاضى : هذا ظاهرُ كلام أحمد ، ولعله أخذ ذلك من قول أحمد فى الزرع ، وهذا مخالف للزرع ، لأن له غايةً ينتهى إليها ، ولصاحب الأرض أخذه بنفقته ، فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه فى الحال ، بخلاف الصبغ ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب ، فهو أشبه بالشجر فى الأرض .

ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بما لا يتلف ، فإنه يُجبر على قلع ما يتلف ، وما لا يتلف ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

وإن بذل ربُّ الثوب قيمةَ الصِّبغ للغاصب . ليملكه ، لم يُجبر على قبوله ، لأنه إجبار على بيع ماله ، فلم يُجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغِراس ، ويحتمل أن يجبر على ذلك ، إذا لم يقلعه ، قياساً على الشجر ، والبناء فى الأرض المشفوعة ، والعارية ، وفى الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصبُ ، ولأنه أمرٌ يرتفع به النزاع ، ويتخلّص به أحدهما من صاحبه ، من غير ضرر ، فأُجبر عليه ، كما ذكرنا ، وإن بذل الغاصبُ قيمة الثوب

لصاحبه ، ليملكه لم يُجبر على ذلك ، كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لمالكها في هذه المواضع ، وإن وهب الغاصبُ الصِّبغ لمالك الثوب ، فهل يلزمه قبوله ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه . لأن الصِّبغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه .

الثاني : لا يُجبر ، لأن الصِّبغ عين يمكن إفرادها ، فلم يُجبر على قبولها ، وظاهر كلام الخِرقي . أنه يُجبر ، لأنه قال في الصداق : إذا كان ثوباً ، فصبغه ، فَبَذَلَتْ له نصفه ، مصبوغاً لزمه قبوله ، وإن أراد المالك بيع الثوب ، وأبى الغاصب فله بيعه ، لأنه ملكه ، فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه ، وإن أراد الغاصب بيعه لم يُجبر المالك على بيعه ، لأنه متعدٍ فلَم يستحقّ إزالة ملك صاحب الثوب عنه ، بعدوانه ، ويحتمل أن يُجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه .

(القسم الثاني) أن يغصب ثوباً ، وصبغاً ، من واحد فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص ردّهما ولا شيء عليه ، وإن زادت القيمة فهي للمالك ، ولا شيء للغاصب ، ولأنه إنما له في الصبغ أثر ، لا عين ، وإن نقصت بالصّبغ فعلى الغاصب ضمانُ النقص، لأنه يتعدّ به ، وإن نقص لتغير الأسعار لم يضمنه .

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل ، وصِبْغ آخر ، فيصبغُه به ، فإن كانت القيمتان بحالها فهما شريكان بقدر مالهما ، وإن زادت فالزيادة لهما ، وإن نقصت بالصّبغ فالضمان على الغاصب . ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدّد في الثوب . ويرجع به على الغاصب . وان نقص لنقص سعر الثياب . أو سعر الصبغ ، أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب . وكان نقص مال كلّ واحد منهما من صاحبه . وان أراد صاحبُ الصّبغ قلعه . أو أراد ذلك صاحبُ الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبغ من عنده . على ما مرّ بيانه . وان غصب عسلاً . ونِشاء . وعقده حَلْواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوباً . فصبغه . على ما ذكر فيه .

الحكم الثاني : أنه متى كان للمغصوب أجرٌ فعلى الغاصب أجر مثله مدّة مُقامة في يديه ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب ، نصّ عليه أحمد في رواية الأثرم . وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يَضمن المنافع ، وهو الذى نصره أصحابُ مالك . وقد روى محمد بن الحكم ، عن أحمد ، فيمن غصب داراً ، فسكنها عشرين سنة : لا أجترىء أن أقول : عليه سُكنى ماسكن ، وهذا يدل على توقّفه عن إيجاب الأجر ، إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بعشرين سنة ، واحتجّ من لم يوجب الأجر بقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « اَلخَرَاجُ بِالضَّمانُ » وضمانُها على الغاصب ، ولأنّه استوفى منفعةً بغير عقد ، ولا شُبهةِ مِلك ، فلم يضمنها ، كما لو زنا بامرأة مُطاوِعَةٍ .

ولنا : أن كلّ ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرّد الإتلاف ، كالأعيان ، ولأنّه

أتلف مُتقوّماً ، فوجب ضمانُه ، كالأعيان ، أو نقول : مالٌ متقوّم ، مغصوب ، فوجب ضمانه ، كالعين . فأما الخبر فوارد في البيع ، ولا يدخُل فيه الغاصبُ . لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع : ولا يُشبه الزنا ، لأنها رَضِيتْ بإتلاف منافعها بغير عوض ، ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولو أكرهها عليه لزمه مهرُها . والخلافُ فيما له منافع تُستباح بعقد الإجارة ، كالعقار والثياب ، والدوابّ ، ونحوها . فأما الغنم ، والشجر ، والطير ، ونحوها ، فلا شيء فيها . لأنه لا منافع لها يستحقّ بها عوض .

ولو غصب جاريةً ، ولم يطأها ، ومضت عليها مدّة تُمكن الوطء فيها ، لم يضمن مهرها . لأن منافع البُضعِ لا تتلف إلاّ بالاستيفاء ، بخلاف غيرها . ولأنها لا تُقدَّر بزمن ، فيكون مُضيّ الزمان بتلفها ، بخلاف المنفعة .

٣٩٣٥ (فصـــل)

إذا غصب طعاماً ، فأطعمه غيره ، فللمالك تضمين أيّهما شاء . لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكلُ أتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامنه ، بغير إذن مالكه ، فإن كان الآكلُ عالماً بالغصب استقرّ الضمانُ عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن ، عالماً من غير تغرير ، فإذا ضمن الغاصبُ رجع عليه . وإن ضمن الآكلُ لم يرجع على أحدٍ . وإن لم يعلم الآكلُ بالغصب نظرنا : فإن كان الغاصبُ قال له : كله ، فإنه طعامى استقرّ الضمانُ عليه ، لاعترافه بأن الضمان باقٍ عليه . وأنه لا يلزم الآكلَ شيءٌ . وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : يستقرّ الضمان على الآكل ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيّ في الجديد ، لأنه ضمن ما أتلف ، فلم يرجع به على أحد .

والثانية : يستقرّ الضمان على الغاصب . لأنه غَرَّ الآكلَ ، وأطعمه على أنه لا يضمنه ، وهـذا ظاهر كلام الخِرَقيّ ، لقوله في المشترى للأمة : يرجع بالمهر ، وكلّ ما غرم على الغاصب ، وأيّهما استقرّ عليه الضمانُ فغرمه لم يرجع على أحد . فإن غرمه صاحبه رجع عليه ، وإن أطعم المغصوب لمالكه ، فأكله عالماً أنه طعامه ، برئ الغاصبُ . وإن لم يعلم ، وقال له الغاصبُ : كله ، فإنه طعامى استقرّ الضمان على الغاصب ، لما ذكرنا .

وإن كانت له بيّنة بأنه طعام المغصوب منه ، وإن لم يقل ذلك ، بل قدّمه إليه ، وقال : كله ، أو قال : قد وهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحمد : أنه لا يبرأ ، لأنه قال في رواية الأثرم ، في رجل له قِبَلَ رجل تبعةٌ فأوصلها إليه على سبيل صدقةٍ ، أو هدّية ، فلم يعلم ، فقال : كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية ، يقول له

هذا لك عندي . وهذا يدلّ على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى . لأنه ثمّ ردّ إليه يده ، وسلطانه ، وههنا بالتقديم إليه لم تَعُد إليه اليدُ ، والسلطان . فإنه لا يتمكّن من التصرّف فيه بكلّ ما يريد ، من أخــذه ، وبيعه ، والصدقة به ، فلم يبرأ الغاصب ، كما لو علفه لدوابّه ، ويتخرّج أن يبرأ ، بناء على ما مضى ، إذا أطعمه لغير مالــكه ، فإنه يستقرّ الضمانُ على الآكل في إحدى الروايتين ، فيبرأ ههنا بطريق الأولى ، وهذا مذهبُ أبي حنيفة .

وإن وهب المغصوب لمالــكه ، أو أهداه إليه فالصحيحُ أنّه يبرأ ، لأنه قد سلّمه إليه تسليماً صحيحاً تامّاً ، وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد في رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عِوَض حقّه على سبيل الهديّة ، فأخذه المــالك على هــذا الوجه ، لا على سبيل العِوَض ، فلَم تثبُت المعارضة ، ومسألتنا فيما إذا ردّ إليه عين ماله ، وأعاد يده التي أزالها .

وإن باعه إيّاه ، وسلّمه إليه برىء من الضمان . لأنه قبضه بالابتياع يوجب الضمان .

وإن أقرضه إياه برىء أيضاً ، لذلك ، وإن أعاره إياه برىء أيضاً ، لأن العارية توجب الضمان .

وإن أودعه إياه ، أو آجره إياه ، أو رهنه ، أو أسلمه ، عنده ليقصّره ، أو يُعلّمه ، لم يبرأ من الضمان ، إلاّ أن يكون عالماً بالحال . لأنه لم يُعِد إليه سلطانه ، إنما قبضه على أنه أمانةٌ .

وقال بعض أصحابنا : يبرأ . لأنه عاد إلى يده ، وسلطانه ، وهذا أحــد الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، والأول أولى ، فإنّه لو أباحه إيّاه فأكله لم يبرأ ، فههنا أولى .

٣٩٣٦ (فصــــل)

إذا اختلف المالك ، والغاصب في قيمة المغصوب ، ولا بيّنة لأحدهما فالقول قول الغاصب . لأن الأصل براءة ذمّته ، فلا يلزمه ما لم يقمْ عليه به حُجّة ، كما لو ادّعى عليه ديناً ، فأقرّ ببعضه ، وكذلك إن قال المالك : كان كاتباً أو له صناعة ، فأنــكر الغاصبُ ، فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البيّنة بالصفة ثبتت .

وإن قال الغاصب : كانت فيه سَلْعَة[1] ، أو أصبع زائدة ، أو عَيْبٌ ، فأنــكر المالك ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب في قيمته على كلّ حال .

وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقت زيادته ، فقال المالك : زادت قَبْل تلفه ؛ وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءةُ ذمته .

---

(١) السلعة : بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ، وبفتح السين واللام شيء كالغدة في الجسد ، أو خراج في العنق أو زيادة في البدن تتحرك إذا حركت ، وحجمها يكون صغيراً كالحمصة ، وكبيراً حتى يصل إلى حجم البطيخة .

وإن شاهدنا العبد مَعيباً ، فقال الغاصبُ : كان معيباً قبل غصبه ؛ وقال المالك تعيّب عندك ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم ؛ ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، وإن غصبه خمراً ، ثم قال صاحبه : تخلّل عندك ؛ وأنكر الغاصبُ فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة .

وإن اختلفا فى ردّ المغصوب ، أو ردّ مثله أو قيمته ، فالقول قول المالك . لأن الأصل عدم ذلك ؛ واشتغال الذمّة به ، وإن اختلفا فى تلفه فادعاه الغاصب ، وأنكره المالك ؛ فالقول قول الغاصب ؛ لأنه أعلم بذلك ، وتتعذّر إقامة البيّنة عليه ؛ فإذا حلف ، فللمالك المطالبة ببدله ، لأنه تعذّر رد العين ؛ فلزم بدلها ؛ كما لو غصب عبداً ، فأبَقَ ، وقيل : ليس له المطالبة بالبدل . لأنه لا يدعيه .

وإن قال : غصبتَ منيّ حديثاً ، فقال : بل عَتِيقاً ، فالقولُ قولُ الغاصب . لأن الأصل عدم وجوب الحديث ، وللمالك المطالبة بالعتيق ، لأنه دون حقّه .

٣٩٣٧ (فصـــل)

وإذا باع عبداً ، فادّعى إنسان على البائع أنه غصبه العبدَ ، وأقام بذلك بيّنة انتقض البيع ، ورجع المشترى على البائع بثمنه ، ون لم تكن بيّنة ، فأقرّ البائع والمشترى بذلك ، فهو كما لو قامت به بيّنة ، وإن أقرّ البائع وحده لم يُقبل فى حقّ المشترى . لأنه لا يُقبل إقراره فى حقّ غيره ، ولزمت البائعَ قيمتُه . لأنه حالَ بينه ، وبين ملكه ، ويُقَرُّ العبد فى يد المشترى ، لأنه ملكه فى الظاهر ، وللبائع إحلافه ، ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن ، فليس له مطالبة المشترى به ، لأنه لا يدّعيه ، ويحتمل أن يملك مطالبته بأقلّ الأمرين من الثمن أو قيمة العبد . لأنه يدّعى القيمة على المشترى ، والمشترى يقرّ له بالثمن ، فقد اتفقا على استحقاق أقلّ الأمرين ، فوجب ، ولا يضر اختلافهما فى السبب بعد اتفاقهما على حكمه ، كما لو قال : لى عليك ألف من ثمن مبيع ، فقال : بل ألف من قَرْض .

وإن كان قد قبض الثمن ، فليس للمشترى استرجاعهُ . لأنه لا يدّعيه ، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ ، أو غيره ، وجب عليه ردّه على مُدّعيه ، وله استرجاع ما أخذ منه .

وإن كان إقرار البائع فى مدّة الخيار له ، انفسخ البيعُ . لأنه يملك فسخه ، فقُبل إقراره بما يفسخه .

وإن أقرّ المشترى وحده ، لزمه ردّ العبد ، ولم يقبل إقراره على البائع ، ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ، إن كان قبضه ، ويلزمه دفعه عليه ، إن كان لم يقبضه .

وإن أقام المشترى بيّنة بما أقرّ به قُبلت ، وله الرجوع بالثمن ، وإن أقام البائع بيّنة إذا كان هو المقرّ نظرنا : فإن كان فى حال البيع قال : بعتُك عبدى هذا ، أو ملكى لم تقبل بيّنته ، لأنه يُكذّبها ، وتكذّبه ، وإن لم يكن قال ذلك قُبلت ، لأنه يبيع ملكه ، وغيرَ ملكه .

وإن أقام المدّعى البينة سمعت ، ولا تقبل شهادة البائع له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً .

وإن أنكراه جميعاً فله إحلافهما ، إن لم تكن له بينة ، قال أحمد فى رجل يجد سرقته بعينها عند إنسان ، قال : هو ملكه يأخذه ، أذهب إلى حديث سَمُرَةَ ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، ويَتْبَعُ المُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ » رواه هُشَيم ، عن موسى بن السائب ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن سَمُرة ، وموسى بن السائب ثقةٌ .

٣٩٣٨ (فصــل)

وإن كان المشترى أعتق العبد ، فأقرّا جميعاً لم يقبل ذلك ، وكان العبد حرًّا . لأنه قد تعلّق به حقٌّ لغيرهما ، فإن وافقهما العبد ، فقال القاضى : لا يقبل أيضاً . لأن الحرّية يتعلّق بها حقّ الله تعالى ، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق ، مع اتفاق السيّد والعبد على الرقّ سمعت شهادتهما .

ولو قال رجل : أنا حُرّ ، ثمّ أقرّ بالرق لم يقبل إقراره ، وهذا مذهب الشافعىّ ، ويحتمل أن يبطل العتق ، إذا اتفقوا كلّهم ، ويعود العبد إلى المدّعى ، لأنه مجهول النسب أقرّ بالرقّ لمن يدّعيه ، فصحّ ، كما لو لم يعتقه المشترى .

ومتى حكمنا بالحرّية فللمالك تضمين أيهّما شاء قيمتَه يومَ عتقه ، ثمّ إن ضمن البائع رجع على المشترى . لأنه أتلفه ، وإن رجع على المشترى لم يرجع على البائع ، إلاّ بالثمن . لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمانُ عليه.

وإن مات العبد وخلّف مالاً فهو للمدّعى ، لا تفاقهم على أنه له ، وإنّما منعنا ردّ العبد إليه لتعلّق حقّ الحرّية به ، إلاّ أن يخلّف وارثاً ، فيأخذه ، ولا يثبت الولاء عليه لأحدٍ ، لأنه لا يدّعيه أحد ، وإن صدّق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ، ولم يرجع المشترى بالثمن ، وبقيةُ الأقسام على ما مضى .

٣٩٣٩ (فصــل)

وإذا باع عبداً أو وهبه ، ثم ادّعى أنّى فعلتُ ذلك قَبل أن أملكه ، وقد ملكته الآن بميراث ، أو هبةٍ من مالكه فيلزمك ردّه علىّ لأنّ البيع الأول ، والهبة باطلان ، وإن أقام بذلك بينه نظرتَ : فإن كان قال حين البيع والهبة : هذا ملكى ، أو بعتك ملكى هذا ، وكان فى ضمنه إقرارٌ بأنه ملكه ، نحو أن يقول : قبضتُ ثمن ملكى ، أو أقبضته مِلكى ، ونحو ذلك لم تقبل البيّنة ، لأنه مُكذّب لها ، وهى تكذّبه ، وإن لم يكن كذلك قُبلت الشهادة ، لأنّ الانسان يبيعُ ، ويهَبُ ملكه ، وغيرَ ملكه .

٣٩٤٠ (فصــل)

إذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص ، فاقتُصّ منه ، فضمانه على الغاصب ، لأنه قد تلف فى يديه ، فإن عُفِى عنه على مالٍ تعلّق ذلك برقبته ، وضمان ذلك على الغاصب ، لأنه نقصٌ حدث فى يده ،

فلزمه ضمانه ، لأنّ ضمان العبد ، ونقصَه على سيّده ، ويضمنهُ بأقلّ الأمرين ، من قيمته ، أو أرش جنايته ، كما يفديه سيّده ، وإن جنى على مادون النفس ، مثل أن قطع يداً ، فقطعت يده قصاصاً ، فعلى الغاصب مانقص العبدُ بذلك ، دون أرش اليد ، لأن اليد ذهبت بسببٍ غير مضمون ، فأشبه مالو سقطت ، وإن عُفى عنه على مالٍ تعلّق أرشُ اليد برقبته ، وعلى الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ، أو أرش اليد ، فإن زادت جنايةُ العبد على قيمته ، ثمّ إنه مات ، فعلى الغاصب قيمتهُ ، يدفعها إلى سيّده ، فإذا أخذها تعلّق أرشُ الجناية بها ، لأنّها كانت متعلّقة بالعبد ، فتعلّقت ببدله ، كما أن الرهن إذا أتلفهُ متلف وجبت قيمته ، وتعلّق الدين بها ، فإذا أخذ وليُّ الجناية القيمةَ من المالك رجع المالكُ على الغاصب بقيمةٍ أخرى ، لأنّ القيمة التى أخذها استُحقّت بسبب كان فى يا الغاصب ، فـكانت من ضمانه .

ولو كان العبد وديعةً ، فجنى جنايةً استغرقت قيمته ، ثمّ إن المودَع قتله بعد ذلك ، وجبت عليه قيمتُه ، وتعلّق بها أرشُ الجناية ، فإذا أخذها وليُّ الجناية لم يرجع على المودَع ، لأنه جنى وهو غير مضمونٍ عليه ، ولو أنّ العبد جنى فى يد سيّده جنايةً تستغرق قيمته ، ثم غصبه غاصب ، فجنى فى يده جنايةً تستغرق قيمته ، بيع فى الجنايتين ، وقُسِّم ثمنه بينهما ، ورجع صاحبُ العبد على الغاصب بما أخذه الثانى منها ، لأن الجناية كانت فى يده ، وكان المجنىّ عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى ، لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عِوَض ما أخذه المجنىُّ عليه ثانيا ، فلا يتعلّق به حقّه ، ويتعلّق به حقّ الأول . لأنّه بدلٌ عن قيمة الجانى ، لا يزاحم فيه ، فإن مات هذا العبد فى يد الغاصب فعليه قيمته ، تقسّم بينهما ، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ، لأنه ضامن للجناية الثانية ، ويـكون المجنىّ عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه .

٣٩٤١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ من أتلف لذمىّ خمراً ، أو خنزيراً ، فلا غُرم عليه ، ويُنهى عن التعرّض لهم فيما لا يُظهرونه ﴾

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر ، والخنزير ، سواء كان مُتلفه مسلماً ، أو ذِمّيّاً ، لمسلم أو ذِمىّ نصّ عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى الرجل يُهَرِيقُ مسكرا لمسلم ، أو لذمىّ خمراً ، فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجب ضمانهما ، إذا أتلفهما على ذمىّ ، قال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة . وإن كان ذِمّيا بالمثل . لأن عقد الذمّة إذا عَصم عيناً قوّمها . كنفس الآدمىّ . وقد عصَم خمرَ الذمىّ . بدليل أن المسلم يمُنع من إتلافها . فيجب أن يقوّمها . ولأنها مالٌ لهم يتموّلونها بدليل مارُوِى عن عمر رضى الله عنه أن عامله كتب إليه : إنّ أهل الذمّة يمرّون بالعاشر[1] . ومعهم

---

(١) العاشر : الذى يأخذ عشر المال فى الزكاة ونحوها .

الخمور . فكتب إليه عمر : وَلُّوهم بيعها : وخذوا منهم عُشر ثمنها . وإذا كانت مالاً وجب ضمانها . كسائر أموالهم .

ولنا أن جابرا روى : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « ألاَ إِنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ ، والخِنْزِيرِ ، والأَصْنَامِ » متفق على صحته ، وما حرم بيعه لا لحرمته ، لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن مالم يكن مضموناً فى حقّ المسلم لم يكن مضموناً فى حق الذمىّ ، كالمرتدّ ، ولأنها غير متقوّمة ، فلا تُضمن كالميتة ، ودليل أنها غيرُ متقوّمةٍ أنها غيرُ مُتقوّمةٍ فى حقّ المسلم ، فكذلك فى حقّ الذمىّ ، فإن تحريمها ثبت فى حقّها ، وخطاب النواهى يتوجّه إليهما ، فماثبت فى حقّ أحدهما ثبت فى حقّ الآخر ، ولا نُسلّم أنّها معصومة ، بل متى أُظهِرتْ حلّت إراقتُها ثم لو عصمها مالزم تقويمُها ، فإن نساء أهلِ الحَرْبِ وصِبْيانُهم مَعْصُومُون غير مُتقوّمين ، وقولهم : إنها مال عندهم ينتقضُ بالعبد المرتدّ ، فانه مالٌ عندهم ، وأما حديث عمر ، فمحمول على أنه أراد ترك التعرّض لهم ، وإنّما أمر بأخذ عُشر أثمانها لأنهم إذا تبايَعُوا : وتقابَضُوا حكمنا لهم بالملك ، ولَمْ ننقضهُ ، وتسميتُها أثماناً مجاز ، كما سَمَّى الله تعالى ثمن يُوسف ثمناً ، فقال (وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ) وأما قول الخرقى : ويُنهى عن التعرّض لهم فيما لا يُظهرونه ، فلأن كلّ ما اعتقدوا حله فى دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه ، من الكفر ، وشُرب الخمر ، واتخاذه ، ونكاح ذوات المحارم ، لا يجوز لنا التعرّض لهم فيه ، إذا لم يُظهروه ، لأننا التزمنا إقرارهم عليه . فى دارنا ، فلا نَعرِض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعيّن إنكاره عليهم ، فإن كان خمراً جازت إراقتهُ ، وإن أظهروا صَليباً ، أو طُنبوراً[1] جاز كسْرُه ، وإن أظهروا كفرهم أُدِّبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرُم على المسلمين .

٣٩٤٢ (فصـــــل)

وإن غصب من ذمىّ خمراً لزمه ردُّها ، لأنه ، يُقرُّ على شُربها ، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردُّها وَوَجَبَتْ إراقتها ، لأن أبا طلحة سأل رسولَ الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بإراقتها ، وإن أتلفها ، أو تلفت عنده ، لم يلزمه ضمانها ، لأن ابن عباس روى عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « إِنَّ اللهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حرَّمَ ثَمَنَهُ » ولأنّ ما حَرُم الانتفاع به لم يجب ضمانه ، كالميتة ، والدم ، فإن أمسكها فى يده حتى صارت خلاً لزم رَدُّهَا على صاحبها ، لأنّها صارت خلاً على حكم ملكه ، فلزم ردّها إليه ، فان تلفت ضمنها له ، لأنّها مال المغصوب منه تلف فى يد الغاصب ، وإن أراقها فجمعها إنسان ، فتخلّلت عنده لم يلزمه ردّ الخلّ ، لأنه أخذها بعد إتلافها ، وزوال اليد عنها .

---

(١) الطنبور آلة من آلات الغناء

٣٩٤٣ (فصـــــل)

وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب ردُّه ، لأنه يجوز الانتفاع به ، واقتناؤه فأشبه المالُ ، وإن أتلفه لم يَغرمه ، وإن حبسه لم يلزمه أجرٌ ، لأنه لا تجوز إجارته ، وإن غصب جلد ميتة ، فهل يجب ردّه ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى طهارته بالدبغ ، فمن قال بطهارته أوجب ردّه لأنه يمكن إصلاحه ، فهو كالثوب النجس ، ومن قال : لا يطهرُ لم يوجب ردّه . لأنه لاسبيل إلى إصلاحه ، فإن أتلفه ، أو أتلف ميتة بجلدها ، لم يضمنه ، لأنه لا قيمة له ، بدليل أنّه لا يحلّ بيعُه ، ، وإن دبغه الغاصب لزم ردّه إن قلنا بطهارته ، لأنه كالخمر إذا تخللت ، ويحتملُ أن لا يجب ردُّه لأنه صار مالاً بفعله بخلاف الخمر ، وإن قلنا : لايطهرُ لم يجب ردّه ، لأنه لا يُباح الانتفاع به ، ويحتمل أن يجب ردّه ، إذا قلنا : يُباح الانتفاع به فى اليابسات ، لأنه نجس يُباح الانتفاع به ، أشبه الكلب ، وكذلك قبل الدبغ .

٣٩٤٤ (فصـــــل)

وإن كسر صليباً ، أو مِزماراً ، أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه ، وقال الشافعىّ : إن كان ذلك إذا فصل يصلحُ لنفعٍ مباحٍ ، وإذا كسر لم يصلُح لنفعٍ مباحٍ لزمه ما بين قيمته مُفَصَّلاً ومكسوراً ، لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ لم يلزمه ضمانه ، وقال أبو حنيفة يضمن .

ولنا أنه لا يحلّ بيعه ، فلم يضمنه ، كالميتة ، والدليل على أنه لايحلّ بيعه قولُ النبىِّ صلى الله عليه وسلم « إنّ اللهَ حرَّمَ بَيعَ الخَمْرِ وَالمَيْتةِ وَالخِنْزِيرِ وَالأَصْنَامِ » متفق عليه ، وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « بُعِثْتُ بِمَحْقِ القَيْنَاتِ وَالمَعَازِفِ » .

٣٩٤٥ (فصـــل)

وإن كسر آنية من ذهب ، أو فضة ، لم يضمنها ، لأن اتخاذها مُحرّم ، وحكى أبو الخطاب روايةً أخرى ، عن أحمد : أنه يضمن ، فان مهنا نقل عنه فيمن هَشَم على غيره إبريقاً فضةً . عليه قيمتُه . يصوغه كما كان ، قيل له : أليس قد نهى النبىُّ صَلى الله عليه وسلم عن اتخاذها ؟ فسكت ، والصحيح أنه لا ضمان عليه ، نصّ عليه أحمد فى رواية المروزىّ ، فيمن كسر ابريق فِضّةٍ لا ضمانَ عليه ، لأنه أتلف ماليس بمباحٍ فلم يضمنه ، كالميتة ، ورواية مهنا تدلّ على أنه رجع عن قوله ذلك ، لكونه سكت حين ذكر السائلُ تحريمه ولأن فى هذه الرواية أنّه قال : يصوغهُ ، ولا يَحِلّ له صناعته ، فكيف يجب ذلك .

٣٩٤٦ (فصـــــل)

وإن كسر آنية الخمر ففيها روايتان .

إحداهما : يضمنها . لأنه مالٌ يمكن الانتفاعُ به ، ويحلّ بيعُه ، فيضمنها ، كما لو لم يكن فيها خمر ، ولأن جعل الخمر لا يقتضى سقوط ضمانها ، كالبيت الذى جعل مخزناً للخمر .

والثانية : لا تضمن ، لما روى الإمام أحمد فى مسنده « حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنِ أَبِى مَرْيَمَ ، عن ضَمْرَةَ ابن حَبِيب ، قال : قال عبد الله بن عمر : أمرنى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمُدْيَةٍ ، وهى الشفْرَةَ ، فأَتَيْتُه بِهاَ ، فأَرْسَلَ بِهاَ فَأُرْهِفَتْ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا ، وقال « اغْدُ عَلَىَّ بِهاَ » ففعلتُ ، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة ، وفيها زِقَاقُ الخمر ، قد جُلِبتْ من الشام ، فأخذ المُدْيَةَ مِنِّى فشقَّ ما كان من تلك الزِّقاق . بحضرته ، كلَّها ، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يَمْضُوا معى ، ويُعاونُونى ، وأمرنى أن آتِىَ الأسواقَ كلَّها ، فلا أجدُ فيها زِقّ خمر إلا شَقَقْته ، ففعلتُ ، فلم أترك فى أسواقها زِقًّا إلا شَقَقْتُه .

وروى عن أنس قال : كنتُ أَسْقِى أبا طَلْحَةَ ، وأُبىَّ بن كَعْبٍ ، وأبا عُبَيْدَةَ شراباً من فَضِيحٍ[1] فأتانا آتٍ فقال : إنَّ الخمرَ قَدْ حُرِّمَتْ . فقال أبو طلحة : قُمْ يَا أَنَسُ إلى هَذِهِ الدِّنَانِ فاكْسِرْهَا ، وهذا يدلّ على سقوط حُرْمتها ، وإباحة إتلافها ، فلا يضمنها ، كسائر المباحات .

٣٩٤٧ (فصـــل)

ولا يثبت الغصب فيما ليس بمالٍ كالحرّ ، فإنه لا يُضمن بالغصب ، إنما يُضمن بالإتلاف . وإن أخذ حُرًّا فحبسه ، فمات عنده لم يضمنه ، لأنه ليس بمالٍ . وإن استعمله مُكرهاً لزمه أجرُ مثله ، لأنه استوفى منافعه ، وهى مُتقوّمة ، فلزمه ضمانُها كمنافع العبد . وإن حبسه مدّة لمثلها أجرٌ ، ففيه وجهان :

أحدها : يلزمه أجر تلك المدّة ، لأنه فوّت منفعته ، وهى مالٌ يجوز أخذ العِوَض عنها ، فضمُنت بالغصب ، كمنافع العبد .

والثانى : لا يلزمه . لأنها تابعة لما لا يصح غصبه . فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه ، وأطرافه . ولأنها تلفت تحت يديه ، فلم يجب ضمانها ، كما ذكرنا ، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه ، وجهاً واحداً . لأنه لو فعل ذلك بالعبـــد لم يضمن منافعه ، فالحرّ أولى ، ولو حبس الحرّ ، وعليه ثياب لم يلزمه ضمانُها ، لأنَّها تابعةٌ لما لم تثبت اليدُ عليه فى الغصب ، وسواء كان كبيراً أو صغيراً ، وهذا كلُّه مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ .

٣٩٤٨ (فصـــل)

وأمّ الولد مضمونة بالغصب ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا تُضمن. لأن أمّ الولد لا تجرى مجرى المال ، بدليل أنه لا يتعلّق بها حقُّ الغرماء ، فأشبهت الحُرّ .

ولنا : أن ما يُضمن بالقيمة يُضمن بالغصب ، كالقِنّ ، ولأنها مملوكة ، فأشبهت المدبّرة ، وفارقت الحرّة فإنَّها ليست مملوكةً ، ولا تُضمن بالقيمة .

---

(١) الفضيخ : عصير العنب ، وشراب يتخذ من البسر المكسر ، والبسر هو البلح غير الرطب .

٣٩٤٩ (فصـــــل)

وإذا فتح قفصاً على طائر ، فطار ، أو حلّ دابّته ، فذهبت ضمنها ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ : لا ضمان عليه ، إلا أن يكون أهاجهما ، حتى ذهبا .

وقال أصحاب الشافعيّ : إن وقفا بعد الحلّ ، والفتح ، ثم ذهبا لم يضمنهما ، وإن ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان ، واحتجّا بأنّ لهما اختياراً ، وقد وُجدت منهما المباشرة ، ومن الفاتح سببٌ غير مُلجىء ، فإذا اجتمعا لم يتعلّق الضمان بالسبب ، كما لو حفر بئراً ، فجاء عبد لإنسان ، فرمى نفسه فيها .

ولنا : أنه ذهب بسبب فعله ، فلزمه الضمان ، كما لو نفّره ، أو ذهب عقيب فتحه ، وحلّه ، والمباشرة إنّما حصلت ممّن لا يُمكن إحالة الحكم عليه ، فيسقُط ، كما لو نفّر الطائر ، وأهاج الدابّة ، أو أشْلَى[1] كلباً على صَبِيٍّ ، فقتله ، أو أطلق ناراً في مَتاع إنسان ، فإنّ للنار فعلاً ، لكن لمّا لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولأنّ الطائر ، وسائر الصيد من طبعه النفور ، وإنّما يبقى بالمانع ، فإذا أُزيل المانع ذهب بطبعه ، فكان ضمانه على من أزال المانع ، كمن قطع عِلَاقة قِنْديلٍ ، فوقع ، فانكسر . وهكذا لو حلّ قيد عبد . فذهب . أو أسير . فأفلت . وإن فتح القفص . وحلّ الفرس . فبقيا واقفين . فجاء إنسان . فنفّرهما . فذهبا . فالضمانُ على مُنفِّرهما . لأن سببه أخصُّ . فاختصّ الضمانُ به . كالدافع مع الحافر ، وإن وقع طائر إنسانٍ على جدار . فنفّره إنسان . فطار لم يضمنه . لأنّ تنفيره لم يكن سبب فواته . فإنّه كان ممتنعاً قبل ذلك . وإن رماه . فقتله ضمنه . وإن كان في داره . لأنّه كان يمكنه تنفيره بغير قتله . وكذلك لو مرّ الطائر في هواء داره فرماه . فقتله ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره . فهو كما لو رماه في هواء دار غيره .

٣٩٥٠ (فصـــــل)

ولو حلّ زِقًّا فيه مائع ، فاندفق ضمنه ، سواء خرج في الحال ، أو خرج قليلاً قليلا . أو خرج منه شيء ، بل أسفله . فسقط . أو ثقل أحدُ جانبيه ، فلم يَزَلْ يميلُ قليلاً قليلاً حتى سقط ، بريح ، أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامداً . فذاب بشمس ، لأنه تلف بسبب فعله . وقال القاضي : لا يضمنُ ، إذا سقط بريح . أو زلزلة . ويَضمنُ فيما سوى ذلك . وهو قول أصحاب الشافعيّ . ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان . واحتجّوا بأن فعله غيرُ مُلجىء . والمعنى الحادثُ مُباشرةٌ . فلم يتعلّق الضمان بفعله . كما لو دفعه إنسان .

---

(١) أشلى كلباً : أغراه به .

ولنا : أن فعله سبب تلفه ، ولم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فوجب عليه الضمان ، كما لو خرج عقيب فعله ، أو مال قليلاً ، قليلاً ، وكما لو جرح إنساناً ، فأصابه الحرّ ، أو البرد ، فسرت الجناية ، فإنه يضمن ، وأما إن دفعه إنسان ، فإن المتخلل بينهما مباشرة ، يمكن الإحالة عليها ، بخلاف مسألتنا ، ولو كان جامداً ، فأدنى منه آخرُ ناراً ، فإذابه ، فسال ، فالضمان على من أذابه ، لأن سببه أخصّ لكون التلف يعقبُه ، فأشبه المنفّر مع فاتح القفص ، وقال بعض الشافعيّة : لا ضمان على واحد منهما ، كسارقين نقب أحدهما ، وأخرج آخرُ المتاع وهذا فاسدٌ . لأن مُدْنِيَ النارِ ألجأه إلى الخروج ، فضمنه ، كما لو كان واقفاً ، فدفعه ، والمسألة حُجَّة عليه ، فإن الضمانَ على مُخرج المتاع من الحرز ، والقطع حدّ لا يجب إلاّ بهتك الحرز ، وأخذ المال جميعاً ، ثم إنّ الحدّ يدرأ بالشُبُهات ، بخلاف الضمان ، ولو أذابه أحدهما أولاً ، ثم فتح الثانى رأسه ، فاندفق ، فالضمان على الثانى ، لأن التلف تعقّبه ، وإن فتح زِقًّا مُستَعْلِى الرأس ، فخرج بعضُ ما فيه ، واستمرّ خروجه قليلاً قليلاً ، فجاء آخرُ فنكسه ، فاندفق ، فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكّس ، وما قبله على الفاتح ، لأن فعل الثانى أخصُّ كالجارح . والذابح .

٣٩٥١ (فصـــل)

وإن حلّ رباطَ سفينة فذهبت . أو غرقت . فعليه قيمتها . سواء تعقّب فعله أو تراخى . والخلاف فيها كالخلاف فى الطائر فى القفص .

٣٩٥٢ (فصـــل)

وإذا أوقد فى ملكه ناراً أو فى مواتٍ ، فطارت شرارةٌ إلى دار جاره ، فأحرقتها ، أو سقى أرضَه فنزل الماءُ إلى أرض جاره فغرّقها ، لم يضمن ، إذا كان فعل ما جرت به العادةُ من غير تفريط ، لأنه غيرُ متعدّ ، ولأنها سِرَايةُ فعل مباح ، فلم يضمن ، كسِرَاية القَوَدِ ، وفارقَ مَنْ حَلَّ زِقًّا ، فاندفق ، لأنه مُتعدٍّ بحلّه ، ولأن الغالب خروج المائع من الزقّ المفتوح ، وليس الغالب سرايةُ هذا الفعل المعتاد إلى تلف مال غيره ، وإن كان ذلك بتفريط منه ، بأن أجّجَ ناراً تسرى فى العادة ، لكثرتها ، أوفى ريح شديدة تحملها ، أو فتحَ ماءً كثيراً يتعدّى ، أو فتح الماء فى أرض غيره ، أو أوقد فى دار غيره ، ضمن ما تلف به ، وإن سرى إلى غير الدار التى أوقد فيها ، والأرض التى الماء فيها ، لأنها سراية عُدوان أشبهت سِرَايةَ الُجرْح الذى تَعدّى به ، وإن أوقد ناراً ، فأيبست أغصان شجرةِ غيره ، ضمنها ، لأنّ ذلك لا يكون إلاّ من نارٍ كثيرة ، إلا أن تكون الأغصان فى هوائه ، فلا يضمنها ، لأنّ دخولها عليه غيرُ مستَحَقّ ، فلا يمنع من التصرّف فى داره ، لحرمتها ، وهذا الفصل مذهب الشافعىّ ، كما ذكرنا سواء .

٣٩٥٣ (فصـــل)

وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره ، لزمه حفظه ، لأنّه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظه ، كاللُّقَطَة ، وإن لم يعرف صاحبُه ، فهو لقطة ، تثبتُ فيه أحكامُها ، وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه ، من غير تعريف ، فصار كالغاصب ، وإن سقط طائر فى داره لم يلزمه حفظهُ ، ولا إعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه ، وإن دخل برجه ، فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه ، لأنه أمسك مالَ غيره لنفسه ، فهو كالغاصب ، وإلاّ فلا ضمان عليه ، لأنه يتصرّف فى بُرجه كيف شاء ، فلا يضمنُ مال غيره بتلفه ، ضِمْناً لتصرفه الذى لم يتعدّ فيه .

٣٩٥٤ (فصـل)

إذا أكلت بهيمةٌ حشيش قوم ، ويد صاحبها عليها ، لكونه معها ، ضمن ، وإن لم يكن معها لم يضمن ما أكلته ، وإذا استعار من رجل بهيمته ، فأتلت شيئاً ، وهى فى يد المستعير ، فضمانه على المستعير ، سواء أتلفت شيئاً لمالكها ، أو لغيره ، لأن ضمانه يجب باليدُ ، واليد للمستعير ، وإن كانت البهيمةُ فى يد الراعى ، فأتلفت زرعاً ، فالضمانُ على الراعى دون صاحبها ، لأن إتلافها للزرع فى النهـــار لا يُضمن الا بثبوت اليد عليها ، واليدُ للراعى دون المالك ، فكان الضمان عليه كالمستعير ، وإن كان الزرع للمالك ، فإن كان ليلا ضمن أيضاً : لأن ضمان اليد أقوى ، بدليل أنه يضمن به فى الليل والنهار جميعـاً .

٣٩٥٥ (فصـــــل)

إذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يو الخميس ، وشهد آخرُ أنه غصبه يوم الجمعة ، لم تتمّ البيّنة ، وله أن يحلف مع أحدهما .

وان شهد أحدهما أنه أقرّ بالغصب يوم الخميس ، وشهد الآخر أنّه أقرّ بغصبه يوم الجمعه ، ثبتت البيّنة . لأن الإقرار وإن اختلف رجع الى أمر واحد ، وان شهد أنّه أقرّ أنه غصبه يوم الخميس ، وشهد الآخرُ أنّه غصبه يوم الجمعة ، لم تثبت البيّنة أيضاً ، وان شهد لهواحد ، وحلف معه ثبت الغصب ، فلو كان الغاصب ، حَلَف بالطلاق ، أنه لم يغصبه لم نُوقع طلاقه . لأن الشاهد واليمين بيّنه فى المـال ، لا فى الطلاق : والله أعـلم .

كتاب الشفعة

وهى استحقاق الشريك انتزاع حصَّة شريكه المنتقلة عنه ، من يد من انتقلت إليه ، وهى ثابتة بالسنّة ، والاجماع . أما السنّة : فما رُوى عن جابر رضى الله عنه ، قال : « قَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ بالشُّفْعَةِ فِيمَا لمْ يقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِفَتِ الطُّرقُ فَلاَ شُفْعَةَ » . متفق عليه ، ولمسلم قال : قَضَى رَسُولُ الله صلّى الله عليه وسلّم بالشُّفعةِ فى كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ رَبْعَةٍ [1] أَوْ حَائِطٍ لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شاء أخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ فَهوَ أَحَقُّ بِهِ» وللبخارى : إنمّا جَعَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم الشُّفْعةَ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذا وقَعتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ» وَأَمَّا الإجماعُ : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يُقاسِمْ ، فيما بِيعَ من أرضٍ ، أو دَارٍ ، أو حَائطٍ . والمعنى فى ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ، وتمكّن من بيعه لشريكه ، وتخليصه ممّا كان بصدده من توقّع الخلاص ، والاستخلاص ، فالذى يقتضيه حُسنُ العِشرة أن يبيعه منه ، ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه ، وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك ، وباعه لأجنبيّ سلّط الشرعُ الشريكَ على صرف ذلك إلى نفسه . ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصمّ ، فإنّه قال : لا تثبتُ الشفعة ، لأنّ فى ذلك إضراراً بأرباب الأملاك . فإن المشترىَ إذا علم أنه يُؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعَدُ الشريكُ عن الشِّراء فيستضرّ المالك ، وهذا ليس بشىء ، لمخالفته الآثار الثابتة ، والإجماعَ المنعقد قبله ، والجوابُ عمّا ذكره من وجهين .

أحدهما : أنّا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدَم من يشترى منهم ، غيرُ شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشّفعة من الشراء .

الثانى أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقّة أن يُقاسِمَ ، فيسقطُ استحقاقُ الشُّفعةِ ، واشتقاق الشفعة من الشَّفْعِ وهو الزَّوْجُ ، فإن الشفيع كان نصيبه مُنفرداً فى ملكه ، فبالشّفعةُ يُضَم المبيع إلى ملكه ، فيَشْفَعُهُ به . وقيل اشتقاقها من الزيادة ، لأن الشفيع يزيدُ المبيع فى ملكه .

٣٩٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شُفعة ﴾

---

(١) الربعة بفتح الراء والباء والعين ، وبكسر الباء وسكونها مع فتح ما قبلها وما بعدها هى المنزل ، والحائط البستان .

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، إذ هى انتزاعُ ملكِ المشترى بغير رضاء منه ، وإجبارٍ[1] له على المعاوضة ، مع ما ذكره الأصمّ لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحةٍ ، فلا تثبتُ إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مُشاعاً غيرَ مقسوم ، فأمّا الجارُ ، فلا شفعة له . وبه قال عمر ، وعثمان ، وعمر ابن عبد العزيز ، وسعيد بن المسيّب ، وسليمان بن يَسار ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وأبو الزِّناد ، وربيعةُ ، والمُغيرةُ بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعىّ والشافعىّ ، وإسحق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن شُبْرُمةَ ، والثورىّ ، وابن أبى ليلى ، وأصحابُ الرأى : الشفعة بالشركة ، ثم بالشركة فى الطريق ، ثم بالجوار ، وقال أبو حنيفة : يقدّم الشريك ، فإن لم يكن ، وكان الطريق مشتركاً ، كدَرْبٍ لا ينفُذُ تثبت الشفعةَ لجميع أهل الدرب ، الأقرب ، فالأقرب . فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق ، من درب آخرَ خاصّة ، وقال العنبرىّ وسوّار : تثبت بالشركة فى المال ، وبالشركة فى الطريق ، واحتجُّوا بما رَوى أبو رافع ، قال : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم : « الجارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[2] » رواه البخارىّ ، وأبو داود ، وروى الحسن عن سَمُرةَ : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « جَارُ الدَّار أَحَقُّ بالدَّارِ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه الترمذىّ فى حديث جابر « الجَارُ أَحَقُّ بِدَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهِ إِذَا كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدٌ » وقال : حديث حسن : ولأنّه اتصال ملكٍ يدومُ ويتأبّد ؛ فتثبت الشفعة به ؛ كالشركة .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرقُ فَلَا شُفْعَةَ » وروى ابن جُرَيج ؛ عن الزهرىّ ؛ عن سعيد بن المسيّب ، ـ أو عن أبى سَلَمة ، أو عنهما ـ قال : قالَ رسولُ اللهِ صلّى الله عليهِ وسلّم « إِذَا قُسِّمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا » ورواه أبو داود ، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق ؛ على خلاف الأصل ، لمعنىً معدومٍ فى محلّ النزاع ،

---

(١) الأسلوب الصحيح : أن تذكر الباء مع إجبار ، فيقال وبإجبار له ، لأنها إذا لم تذكر دخلت كلمة إجبار فى حيز غير ، فيكون المعنى وبغير إجبار ، وهو ينافى المراد . لأن المراد بغير رضاه مع إجباره .

(٢) الصقب : بفتح الصاد والقاف ، القريب ، والقرب، والمراد:الجار أحق بما يقرب منه من ملك جاره إذا أراد بيعه على استعمال المصدر فى اسم الفاعل ، أو الباء للسببية أى أحق لسبب قربه .

فلا تثبُت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربّما دخل عليه شريك ، فيتأذّى به ، فتدعوه الحاجة إلى مُقاسمته ، أو يطلب الداخلُ المقاسمةَ ، فيدخُل الضررُ على الشريك ، بنقص قيمة ملكه ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يُوجد فى المقسوم .

فأمّا حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشُّفعة ، فإن الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسين ، والصاد . قال الشاعر :

كُوفِيَّـــةٌ نَازِحٌ مَحلَّتُهَا * لاَ أَمَمٌ دَارُهَا وَلاَ صَقَبُ(١)

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره ، وصلته ، وعيادته ، ونحو ذلك ، وخبرنا صريح ، صحيح ، فيقدّم وبقيّة الأحاديث فى أسانيدها مَقال ، لحديث سَمُرةَ يرويه عنه الحسن ، ولم يَسمع منه ، إلا حديث العَقيقة قاله أصحابُ الحديث ، قال ابن المنذر : الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديثُ جابر الذى رَوبناه ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال ، على أنه يحتمل أنّه أراد بالجار الشريك ، فإنّه جارٌ أيضاً ، ويسمَّى كلٌّ واحدٍ من الزوجين جاراً . قال الشاعر :

أَجَارَتَنَــا بِيـــنِي ، فإنَّك طَالِقَهْ * كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطارِقَهْ(٢)

قال الأعشى : وتُسمّى الضَّرّتانِ جارتين ، لاشتراكهما فى الزوج ، قال حَملُ ابن مالك : كنت بين جارتين لى ، فضربَتْ إحداهما الأخرى بِمِسْطَح(٣) ، فقتلتها وجَنينها ، وهذا يمكن فى تأويل حديث أبى رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون الطريق مُفردةً ، أو مشتركةً . قال أحمـــد فى رواية ابن القاسم ، فى رجل له أرض تشربُ هى ، وأرضُ غيره من نهر واحدٍ : فلا شفعة له من أجـل الشرب ، إذا وقعت الحدودُ فلا شُفْعَةَ ، وقال فى رواية أبى طالب ، وعبد الله ، ومثنىٌّ ، فيمن لا يرى الشفعة بالجوار ، وقدّم إلى الحاكم ، فأنـكر لم يحلف . إنما هو اختيار ، وقد اختلف الناسُ فيه . قال القاضى : إنّما هذا لأنّ يمين المنـكرِ ههنا على القطع ، والبتّ ، ومسائل الاجتهاد مظنونةٌ فلاُ يقطع ببطلان مذهبِ المخالف ، ويمكن أن يُحمل كلام أحمد هنا على الورَع ، لا على التحريم . لأنه يحكم بُبطلان مذهب المخالفِ ، ويجوز للمشترى الامتناعُ به من تسليم المبيع فيما بينه ، وبين الله تعالى .

---

(١) نازح : بعيد :محلتها . دارها ، أمم : الأمم القرب والصقب القرب أيضاً . فهو من عطف المرادف
(٢) بينى . ابعدى ، أو تطلق ، غاد . آت فى وقت الصباح ، طارقة : آت فى وقت المساء ، أى غاد ورائح
(٣) المسطح عمود الخباء ، وهو خشبة غليظة متينة ينصب عليها الخباء .

٣٩٥٧ (فصـــل)

الشرط الثانى : أن يكون المبيع أرضاً ، لأنها التى تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدها : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض ، وهو البناء ، والغِراس ، يُباع مع الأرض ، فإنه يُؤخذ بالشفعة ، تبعاً للأرض ، بغير خلاف فى المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً . وقد دلّ عليه قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشُّفعة ، فى كلّ شِركٍ لم يُقسَم رَبعةٍ ، أو حائطٍ ، وهـذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثانى : مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ، ولا مفرداً . وهوالزرع ، والثمرة الظاهرة ، تُباع مع الأرض فإنّه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة ، مع أصوله ، لأنهُ متّصل بما فيه الشفعة ، فيثبت فيه الشفعة تبعاً ، كالبناء ، والغراس .

ولنـا : أنه لا يدخل فى البيع تبعاً ، فلا يُؤخذ بالشفعة ، كقماش[1] الدار ، وعكسُه البناء والغِراس .

وتحقيقه : أن الشفعة بيعٌ فى الحقيقة ، لـكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضىالمشترى ، فإن بيع الشجرُ ، وفيه ثمرةٌ غير ظاهرة ، كالطلع غير المؤبَّر دخل فى الشفعة ، لأنها تتبعُ فى البيع ، فأشبهت الغِراس فى الأرض ، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما يُنقل ، كالحيوان ، والثّياب ، والسفن والحجارة ، والزرع ، والثمار ، أو لا يُنقل ، كالبناء ، والغراس إذا بيع مُفرداً .

وبهذا قال الشافعىّ وأصحاب الرأى ، ورُوى عن الحسن ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والعنبرىّ وقتَادة ، وربيعة ، وإسحاق : لا شُفعة فى المنقولات ، واختُلف عن مالك ، وعطاء ، فقالا مرّةً كذلك ، ومرّةً قالا : الشفعةُ فى كلّ شىء حتى فى الثوب ، قال ابن أبى موسى : وقد رُوى عن أبى عبد الله رواية أخرى : أنّ الشفعة واجبةٌ فيما لا ينقسم ، كالحجارة ، والسيف ، والحيوان ، وما فى معنى ذلك .

قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى : أن الشفعة تجب فى البناء ، والغراس ، وإن بيع مُفرداً وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام «الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسَمْ » ولأنّ الشفعة وضعت لدفع الضرر . وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغُ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبى مُلَيْكَةَ روَى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشُّفْعَةُ فى كُلِّ شَىْءٍ» .

ولنـا : أن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ » لا يتناول إلا ما ذكرناه ، وإنما أراد مالا ينقسم من الأرض ، بدليل قوله « فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطرقُ » ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام ، فلا تجب فيه الشفعة ، كصُبْرَةِ

(٢) قماش الدار (الستاير) التى على الأبواب والنوافذ ونحوها .

الطعام ، وحديثُ ابن أبي مُلَيْكَةَ مُرسَلٌ ، لم يَرِد في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغَرّاف[1]. والدّولابِ ، والناعورة ، كالحكم في البناء ، فأمّا إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردةً عمّا يتخللها من الأرض.فحكمها حكم مالا ينقسم من العقار ، ولأنّ هذا ممّا لا ينقسم ، على ماسنذكره ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن القرار تابع لها ، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيما تبعها ، وإن بيعت حصّةٌ من عُلو دار مشترك نظرتْ : فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السُّفل فلا شُفعة في العُلو ، لأنه بناء مفرد ، وإن كان لصاحب العلو فكذلك ، لأنه بناء منفرد ، لكونه لا أرض له ، فهو كما لو لم يكن السقف له ، ويحتمل ثبوت الشفعة ، لأنّ له قراراً فهو كالسفل .

٣٩٥٨ (فصـــل)

الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته ، فأمّا ما لا يمكن قسمته من العقار ، كالحمّام الصغير ، والرَّحَى الصغيرة ، والعِضادَةِ[2] ، والطريق الضيِّقة ، والعِراص[3] الضيِّقة ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : لا شفعة فيه ، وبه قال يحيى بن سعيد ، وربيعة ، والشافعي .

والثانية : فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، والثوريّ ، وابن سُرَيج ، وعن مالك كالروايتين ، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشُّفْعَةُ فِيماَ يُقْسَم » وسائر الألفاظ العامّة ، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر ، لأنه يتأبَّد ضرره ، والأول ظاهر المذهب ، لما رُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم . أنه قال : « لاَ شُفْعَةَ فِي فِناَء وَلاَ طَرِيقٍ ، وَلاَ مَنْقَبَةٍ » والمنقبة الطريق الضيّق ، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل ، وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شُفعةَ في بئر ، ولا فحل ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضرّ بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلّص من إثبات الشفعه في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشترى لأجل الشفيع ، فيتضرّر البائع ، وقد يمتنع البيع ، فتسقط الشفعة ، فيؤدّى إثباتها إلى نفيها .

ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنمّا تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة ، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصّة ، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم ، وقولهم . إن الضرر ههنا أكثر لتأبُّدِه ، قلنا : إلا أن الضرر ، في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة ، فلا يمكن التعدية ، وفى الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق ، وهو ما ذكرناه ، فتعذّر الإلحاق ، فأمّا ما أمكن قسمته ممّا ذكرنا ، كالحمّام الكبير ، الواسع

---

(١) الغراف : بفتح الغين وتشديد الراء النهر الكثير الماء .

(٢) العضادة : ما يسد به حول الحوض والطريق من البناء .

(٣) العراص . جمع عرصه وهى فناء البيت ورحبته .

البيوت ، بحيث إذا قُسِّم لم يستضر بالقسمة ، وأمكن الانتفاع به حمّاما ، فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر ، والدور ، والعضائدُ متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان ، كالبئر ينقسمُ بئرين ، يرتقى الماء منهما ، وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض، بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين ، وجبت الشفعة أيضاً ، لأنه تُمكن القسمة ، وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته ، بحيث يحصل الحجر في أحد القسمين ، أو كان فيها أربعة أحجار دائرة ، يمكن أن ينفرد كلّ واحد منهما بحجرين ، وجبت للشفعة ، وإن لم يمكن إلاّ بأن يحصُل لكلّ واحد منهما ما لم يتمكّن من إبقائها رحىً ، لم تجب الشفعة .

فأمّا الطريق ، فإنّ الدار إذا بيعت ولها طريق فى شارع ، أو دَرْب نافذ ، فلا شفعة فى تلك الدار ، ولا فى الطريق ، لأنه لا شركة لأحد فى ذلك ، وإن كان الطريق فى درب غير نافذ ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً ، لأن إثبات ذلك يضرّ بالمشترى ، لأن الدار تبقى لا طريق لها ، وإن كان للدار باب آخرُ يُسْتَطرق منه ، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ ، نظرنا فى الطريق المبيع مع الدار : فإن كان ممراً لا تمكن قسمته ، فلا شفعة فيه ، وإن كان تُمكن قسمته وجبت الشفعة فيه ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، فوجبت فيه الشفعة ، كغير الطريق ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن الضرر يلحق المشترىَ بتحويل الطريق إلى مكان آخر ، مع ما فى الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشترى ، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض ، فلم يجز كما لو كان الشريك فى الطريق شريكا فى الدار فأراد أخذ الطريق وحدها ، والقول فى دهليز الجار . وصَحْنه ، كالقول فى الطريق المملوك ، وإن كان نصيب المشترى من الطريق أكثر من حاجته ، فذكر القاضى أن الشفعة تجب فى الزائد بكلّ حال ، لوجود المقتضى ، وعدم المانع ، والصحيح أنه لا شفعة فيه ، لأن فى ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ، ولا يخلو من الضرر .

٣٩٥٩ (فصـــل)

الشرط الرابع : أن يكون شقصاً مُنتقلاً بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة ، والوصيّة ، والإرث : فلا شفعة فيه فى قول عامّة أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وحُكى عن مالك روايةٌ أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقة : أنّ فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحُكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، لأنّ الشفعة ثبتتْ لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتّهب دون ضرر المشترى ، لأن إقدام المشترى على شراء الشِّقْص ، وبذله ماله فيه دليلُ حاجته إليه ، فانتزاعه منه أعظمُ ضرراً من أخذه ممّن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه .

ولنا أنه انتقل بغير عوض ، أشبه الميراث ، ولأنّ محلُ الوفاق هو البيعُ ، والخبرُ ورد فيه ، وليس غيره فى معناه ، لأنّ الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به إليه ، ولا يمكن هذا فى غيره ،

ولأنّ الشفيع يأخذ الشِّقص بثمنه ، لا بقيمته ، وفى غيره يأخذه بقيمته ، فافترقا ، فأما المنتقل بِعوَض فينقسم قسمين :

أحدهما : ماعِوَضُه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف ، وهو فى حديث جابر ، فإنْ باع ولم يُؤذنه فهو أحقُّ به ، وكذلك كلُّ عقد جرى مجرى البيع ، كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وهذا منها ، وبه يقول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : لاتثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب ، حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبتُ إلاّ بالقبض ، فأشبهت البيعَ بشرط الخيار .

ولنا : أنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض فى استحقاق الشفعة ، كالبيع : ولا يصحّ ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العِوَض صرفَ اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة عن البيع خاصّة عندهم فانه ينعقد بها النكاح الذى لا تصحّ الهبة فيه بالاتفاق .

(القسم الثانى) ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشِّقص مَهراً ، أو عِوَضاً فى الخُلع ، أو فى الصُّلح عن دم العمد ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنّه لاشُفعة فيه لأنه لم يتعرّض فى جميع مسائله لغير البيع ، وهذا قول أبى بكر ، وبه قال الحسن ، والشعبىّ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، حكاه عنهم ابن المنذر ، واختاره ، وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شُبْرُمة ، والحارث العُكْلِىّ ، ومالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ ثم اختلف بم يأخذه ؟ فقال ابن شُبْرُمةَ ، وابن أبى ليلى : يأخذ الشِّقص بقيمته ، قال القاضى : هو قياس قول ابن حامد ، لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقوّمنا البُضْعَ على الأجانب ، وأضررنا بالشفيع ، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمَّى ، لتسامح الناس فيه فى العادة ، بخلاف البيع ، وقال الشريف أبو جعفر : قال ابن حامد . إن كان الشِّقصُ صداقاً أو عِوَضاً فى خُلع أو مُتعةً فى طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول العُكْلِىّ ، والشافعىّ لأنه ملك الشقص ببدلٍ ليس له مثلٌ فيجب الرجوع إلى قيمة البدَل فى الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعَرْض ، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقَارٌ مملوك بعقد معاوضة ، فأشبه البيع .

ولنا : أنه مملوك بغير مال ، أشبه الموهوب ، والموروث ، ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل ، لما ذكره مالك ، وبالقيمة لأنّها ليست عوض الشقص ، فلا يجوز الأخذ بها ، كالموروث ، فيتعذّر أخذه ، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به ، فأشبه الموهوب ، والموروث ، وفارق البيع ، فإنه أمكن الأخذ بعوضه ، فإن قلنا : إنه يُؤخذ بالشُّفعة ، وطلّق الزوج قبل الدخول بعد عفْوِ الشفيع رجع بنصف ما أصدقها ، لأنه

موجود فى يدها ، بصفته ، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته ، لأن مِلكها زال عنه ، فهو كما لو باعته ، وإن طلّق قبل علم الشفيع ، ثم علم ففيه وجهان :

أحدهما : حقّ الشفيع مقدّم ، لأن حقّه أسبق ، لأنه يثبت بالبيع ، وحقُّ الزوج بالطلاق .

والثانى : حقّ الزوج أولى . لأنه ثبت بالنصّ ، والاجماع ، والشفعة ههنا لا نصّ فيها ، ولا إجماع ، فأمّا إن عفا الشفيع ، ثم طلّـق الزوج ، فرجع فى نصف الشِّقْص ، لم يستحقّ الشفيع الأخذ منه ، وكذلك إن جاء الفسخ من قِبَل المرأة ، فرجع الشِّقْصُ كلّه إلى الزوج لم يستحقّ الشفيع أخذه ، لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، فلم يستحقّ به الشفيع ، كالرد بالعيب ، وكذلك كلّ فسخ يرجع به الشِّقْصُ إلى العاقد ، كردّه بعيب ، أو مقايلة ، أو اختلاف المتبايعين ، أو ردّه لغَبْن ، وقد ذكرنا فى الإقالة روايةً أخرى : أنّها بيعٌ ، فتثبت فيها الشفعة ، وهو قول أبى حنيفة ، فعلى هذا : لو لم يعلم الشفيع حتى تقايلا فله أن يأخذ من أيهمَا شاء ، وإن عفا عن الشفعة فى البيع ، ثمّ تقايلا ، فله الأخذُ بها .

٣٩٦٠ (فصـــل)

وإذا جنى جنايتين عمداً ، وخطأ ، فصالحه منهما على شِقْص ، فالشفعةُ فى نصف الشِّقص ، دون باقيه ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهذا على الرواية التى نقول فيها : إن موجَب العمد القصاصُ عيناً ، وإن قلنا : موجَبُه أحدُ شيئين ، وجبت الشفعةُ فى الجميع ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة فى الجميع ، لأن فى الأخذ بها تبعيضَ الصفقة ، على المشترى .

ولنا : أن ما قابل الخطأ عوض عن مال ، فوجبت فيه الشفعة ، كما لو انفرد ، ولأن الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة ، وما لا تجب فيه ، فوجبت فيما تجب فيه ، دون الآخر ، كما لو اشترى شقصاً ، وسيفاً ، وبهذا الأصل يبطُل ما ذكره ، وقول أبى حنيفة أقيسُ . لأن فى الشفعة تبعيضَ الشِّقص على المشترى ، وربّما لا يبقى منه إلاّ مالا نفع فيه ، فأشبه ما لو أراد أحدُ الشفيعين أخذ بعضه مع عَفْوِ صاحبه ، بخلاف مسألة الشِّقص والسيف ، وأما إذا قلنا : إن الواجب أحدُ شيئين ، فباختياره الصلح سقط القِصاصُ ، وتعيّنت الدية ، فـكان الجميع عِوَضاً عن المال .

٣٩٦١ (فصـــل)

ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما ، أو لأحدهما وحده ، أيّهما كان ، وقال أبو الخطّاب : يتخرّج أن تثبت الشفعة ، لأن المِلك انتقل ، فتثبت الشفعة فى مدّة الخيار ، كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع ، أو لهما لم تثبت الشفعة ، حتى ينقضىَ لأن فى الأخذ بها

إسقاطَ حقّ البائع من الفسخ ، وإلزام البيع فى حقّه بغير رضائه ، ولأن الشفيع إنّما يأخذ من المشترى ، ولم ينتقل الملك إليه ، وإن كان الخيار للمشترى فقد انتقل الملك إليه ، ولا حقّ لغيره فيه ، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع ، واستقرار الملك ، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى ، وعامّة مايقدّر ثبوتُ الخيار له ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، كما لو وجد به عيباً ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه مبيع فيه الخيار ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان للبائع ، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضائه ، ويوجب العهدة عليه ، ويفوّت حقّه من الرجوع فى عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع ، فإنّنا إنّما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع ، وتفويت حقّ الرجوع عليه فى عين ما لها ، وهما فى نظر الشرع على السواء ، وفارق الردّ بالعيب ، فإنّه إنما ثبت لاستدراك الظُّلامة ، وذلك يزول بأخذ الشفيع ، فإن باع الشفيع حصّته فى مدّة الخيار عالماً ببيع الأول سقطت شفعته ، وثبتت الشفعة فيما باعه للمشترى الأول فى الصحيح من المذهب ، وفى وجه آخر أنه يثبت للبائع ، بناءً على الملك فى مدّة الخيار لمن هو منهما ، وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة . ويتوجّه على تخريج أبى الخطّاب أن لا تسقُط شفعته ، فيكون له على هذا أخذ الشِّقْص من المشترى الأول ، وللمشترى الأول أن يأخذ الشِّقْص الذى باعه الشفيع من مشتريه ، لأنه كان شريكاً للشفيع حين بيعه .

٣٩٦٢ (فصـــل)

وبيع المريض كبيع الصحيح فى الصحة ، وثبوت الشفعة ، وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل ، سواء كان لوارث ، أو غير وارث ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بيعُ المريض مرضَ الموت لوارثه ، لأنه محجور عليه فى حقّه ، فلم يصحّ بيعُه ، كالصبىّ .

ولنا . أنه إنما حجر عليه فى التبرّع فى حقّه ، فلم يمنع الصحّة فيما سواه ، كالأجنبىّ إذا لم يزد على التبرّع بالثلث ، وذلك لأن الحجر فى شىء لا يمنع صحّـة غيره ، كما أن الحجر على المرتهن فى الرهن لا يمنع التصرّف فى غيره ، والحجر على المفلس فى ماله لا يمنع التصرّف فى ذمّته ، فأما بيعه بالمحاباة فلا يخلو : إما أن يكون لوارثٍ ، أو لغيره ، فإن كان لوارث بطلت المحاباة ، لأنها فى المرض بمنزلة الوصيّة ، والوصيّة لوارث لا تجوز ، ويبطل البيع فى قدر المحاباة من المبيع ، وهل يصحّ فيما عداه ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يصحّ . لأن المشترىَ بذل الثمن فى كلّ المبيع ، فلم يصحّ فى بعضه ، كما لو قال : بعتُك هذا الثوب بعشرة ، فقال : قبلتُ البيع فى نصفه ، أو قال : قبلتُه بخمسة ، أو قال : قبلتُ نصفه بخمسةٍ ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذى تواجبا عليه ، فلم يصحّ كتفريق الصفقة .

الثانى أنه يبطل البيع فى قدر المحاباة ، ويصحّ فيما يقابل الثمن المسمَّى ، وللمشترى الخيارُ بين الأخذ ، والفسخ ، لأن الصفقة تفرّقت عليه ، وللشفيع أخذ ما صحّ البيع فيه ، وإنّما قلنا بالصحّة لأن البطلان إنّما جاء من المحاباة ، فاختصّ بما يقابلها .

الثالث : أنه يصحّ فى الجميع ، ويقف على إجازة الورثة ، لأن الوصيّة للوارث صحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة ، فكذلك المحاباة له ، فإن أجازوا المحاباة صحّ البيع فى الجميع ، ولا خيار المشترى ، ويملك الشفيع الأخذ به ، لأنه يأخذ بالثمن ، وإن ردّوا بطل البيع فى قدر المحاباة ، وصحّ فيما بقى ، ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة ، وردّهم ، لأن حقّهم متعلّق بالمبيع ، فلم يملك إبطاله ، وله أخذ ما صحّ البيع فيه ، وإن اختار المشترى الردّ فى هذه الصورة ، وفى التى قبلها ، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدّم الشفيع ، لأنّه لا ضرر على المشترى ، وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه .

القسم الثانى : إذا كان المشترى أجنبيًّا ، والشفيع أجنبىّ ، فإن لم تزد المحاباة على الثلث صحّ البيع ، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن ، لأن البيع حصل به ، فلا يمنع منها كون المبيع مُسْتَرْخَصاً ، وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة فى حقّ الوارث ، وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان .

أحدهما : له الأخذ بالشفعة ، لأن المحاباة وقعت لغيره ، فلم يمنع منها تمكّن الوارث من أخذها ، كما لو وهب غريم وارثه مالاً ، فأخذه الوارث .

والثانى : يصحّ البيع ، ولا تجب الشفعة ، وهو قول أصحاب أبى حنيفة ، لأنّنا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حقّ لوارثه فى المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث ، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة ، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه . فافترقا ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا خمسةُ أوجه : وجهان كهذين .

والثالث : أن البيع باطلٌ من أصله ، لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث ، وهذا فاسد . لأن الشفعة فرع للبيع ، ولا يبطل الأصلُ ببطلان فرعٍ له ، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة ، إنما حصلت لغيره ، ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشترى ، فأشبه هبة غريم الوارث .

الوجه الرابع : أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن ، بمنزلة هبة المقابل المحاباة : لأن المحاباة بالنصف مثلاً هبةٌ للنصف ، وهذا لا يصحّ . لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبىّ أخذُ الكلّ . لأن الموهوب لا شُفعة فيه .

الخامس : أن البيع يبطل فى قدر المحاباة ، وهذا فاسد . لأنها محاباة لأجنبىّ بما دون الثلث ، فلاتبطل، كما لو لم يكن الشِّقصُ مشفوعاً .

٣٩٦٣ (فصـــــــل)

ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكلّ لفظ يدلّ على أخذه ، بأن يقول : قد أخذته بالثمن ،أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن،والشِّقصُ معلومين ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : يملكه بالطالبة ، لأن البيع السابق سببٌ ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب فى البيع ، انضم إليه القبول ، وقال أبو حنيفة : يحصُل بحكم الحاكم ، لأنه نقلٌ الملك عن مالكه إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم الحاكم ، كأخذ دينه .

ولنا : أنه حقّ ثبت بالنصّ ، والإجماع فلم يفتقر إلى حاكم كالردّ بالعيب ، وماذكروه ينتقض بهذا الأصل ، وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، ولأنه مال يتملّكه قهراً ، فملكه بالأخذ كالغنائم ، والمباحات ، وباللفظ الدالّ على الأخذ لأنه بيع فى الحقيقه ، لكن الشفيع يستقلّ به ، فانتقل باللفظ الدالّ عليه ، وقولهم : يملك بالمطالبة بمجرّدها لايصحّ ، لأنه لوملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ، ولوجب أنه إذا كان له شفيعان ، فطلبا الشفعة ، ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذُ قدر نصيبه ولايملك أخذ نصيب صاحبه .

إذا ثبت هذا : فإنّه إذا قال : قد أخذت الشِّقص بالثمن الذى تمّ عليه العقد،وهوعالم بقدره ، وبالمبيع صحّ الأخذُ ، وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشترى لأن الشقص يُؤخذ قهراً ، والمقهور لاخيار له ، والآخذ قهراً لاخيار له أيضاً ، كسترَجِـع المبيع لعيب فى ثمنه ، أو الثمن لعيبٍ فى المبيع ، وإن كان الثمن مجهولاً أو الشِّقص لم يملكه بذلك ، لأنه بيع فى الحقيقة ، فيعتبر العلم بالعوضين ، كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ، ثم يتعرّف مقدار الثمن من المشترى ، أو من غيره ، والمبيع فيأخذه بثمنه ، ويحتمل أنّ له الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على بيع الغائب .

٣٩٦٤ (فصـــــل)

وإذا أراد الشفيع أخذ الشِّقص ، وكان فى يد المشترى أخذه منه ، وإن كان فى يد البائع أخذه منه ، وكان كأخذه من المشترى .

هذا قياس المذهب ، وهو قول أبى حنيفه ، لأن العقد يلزم فى بيع العَقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع فى ملك المشترى وضمانه ، ويجوز له التصرّف فيه بنفس العقد ، فصار كما لوقبضه المشترى ، وقال القاضى : ليس له أخذه من البائع ، ويجبرُ الحاكم المشترىَ على قبضه ، ثم يأخذه الشفيع منه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب

الشافعىّ لأن الشفيع يشترى الشِّقص من المشترى ، فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتمّ إلا بالقبض ، ، فإذا فات القبض ، بطل العقد ، وسقطت الشفعة .

٣٩٦٥ (فصـــل)

وإذا أقر البائع بالبيع ، وأنـكر المشترى ففيه وجهان :

أحدها : للشفيع الأخذ بالشفعة ، وهو قول أبى حنيفة ، والمُزَنِىّ .

والثانى : ليس له الأخذ بها ، ونصره الشريف أبو جعفر فى مسائله ، وهو قول مالك ، وابن سُريج ، لأن الشفعة فرع للبيع ، ولم يثبت ، فلا يثبت فرعه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ الشِّقص من المشترى ، وإذا أنـكر البيعَ لم يمكن الأخذ منه ، ووجه الأول : أن البائع أقرّ بحقّين : حق للشفيع وحقّ للمشترى ، فإذا سقط حقّ المشترى بإنكاره ثبت حقُّ الشفيع ، كما لو أقرّ بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما ، ولأنه أقرّ للشفيع أنه مستحِقّ لأخذ هذه الدار ، والشفيع يدّعى ذلك ، فيوجب قبوله ، كما لو أقرّ أنها ملـكه ، فعلى هذا يقبض الشفيع ، من البائع ، ويُسلِّم إليه الثمن ، ويكون دركُ الشفيع على البائع ، لأن القبض منه ، ولم يثبت الشراء فى حقّ المشترى ، وليس للشفيع ، ولا للبائع محاكمة المشترى ، ليثبت البيع فى حقّه ، وتـكون العهدة عليه ، لأن مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ، ومقصود الشفيع أخذ الشِّقص ، وضمان العهدة ، وقد حصل من البائع ، فلا فائدة فى المحاكمة .

فإن قيل . أليس لو ادّعى على رجل ديناً ، فقال آخر : أنا أدفع إليك الدين الذى تدعيه ، ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله ، فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا : فى الدين عليه منّة فى قبوله ، من غـير غريمه ، وههنا بخلافه ، ولأن البائع يدّعى أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حقّ للمشترى عِوَضاً عن هـــذا المبيع ، فصار كالنائب عن المشترى فى دفع الثمن ، والبائع كالنائب عنه فى دفع الشِّقص ، بخلاف الدين ، فإن كان البـائعُ مقراً بقبض الثمن من المشترى بقى الثمن الذى على الشفيـع لا يدّعيه أحدٌ ، لأن البائع يقول : هو للمشترى ، والمشترى يقول : لا أستحقّه ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يقال للمشترى : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرىء منه .

والثانى : يأخذه الحاكم عنده .

والثالث : يبقى فى ذمّة الشفيع ، وفى جميع ذلك متى ادعاه البائع ، أو المشترى دفع إليه ، لأنه لأحدهما وإن تداعياه جميعاً ، فأقرّ المشترى بالبيـع ، وأنـكر البائع أنه لم يقبض منـــه شيئاً ، فهو للمشترى ، لأن البائع قد أقرّ له به ، ولأن البائع إذا أنـكر القبض لم يكن مدّعياً هذا الثمن ، لأن البائع لا يستحقّ على الشفيع ثمناً ، إنما يستحقّه على المشترى ، وقد أقرّ بالقبض منه ، وأما المشترى فإنّه يدّعيـه ، وقد أقرّ له باستحقاقه ، فوجب دفعه إليه .

٣٩٦٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له ﴾

الصحيح فى المذهب أن حقّ الشفعة على الفور ، إن طالب بها ساعةَ يعلم بالبيع ، وإلا بطلت ، نصّ عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، فقال : الشفعةُ بالمُواثَبة ساعةَ يعلمُ ، وهذا قول ابن شُبْرُمةَ ، والبتىّ ، والأوزاعىّ ، وأبى حنيفة ، والعنبرىّ والشافعىّ فى أحد قوليه ، وحكى عن أحمد رواية ثانية : أنّ الشفعة على التراخى ، لا تسقُط مالم يوجد منه مايدلّ على الرضى من عفو ، أو مطالبة بقسمة ، ونحو ذلك ، وهذا قول مالك ، وقول الشافعىّ ، إلا أن مالـكًا قال : تنقطع بمضىّ سنة ، وعنه بمضىّ مدّة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لاضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير ، كحقّ القصاص ، وبيان عدم الضرر . أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارةً من غِراس ، أو بناءٍ فله قيمته ، وحُكى عن ابن أبى ليلى ، والثورىّ : أن الخيار مقدّر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعىّ . لأن الثلاث حدّ بها خيار الشرط ، فصلحت حداً لهذا الخيار . والله اعلم .

ولنا ماروى ابن السلمانىّ عن أبيه عن عمر . قال . قال . رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ كَحلِّ العِقَال — وفى لفظ أنه قال — الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتَ ، وإنْ تُرِكَتْ فاللّومُ عَلَى مَنْ تَرَكَهَا » ورُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم : أنه قال « الشُّفْعَةُ لِمنْ وَاثَبها » رواه الفقهاء فى كتبهم ، لأنّه خيارٌ لدفع الضرر عن المال ، فـكان على الفور ، كخيار الردّ بالعيب ، ولأن إثباته على التراخى يضرّ المشترى ، لـكونه لا يستقرّ ملـكه على المبيع ، ويمنعه من التصرّف بعمارة ، خشيةَ أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها فى الغالب أكثرُ من قيمتها ، مع تعب قلبه ، وبدنه فيها ، والتحديد بثلاثة أيام تحكّم لا دليل عليه ، والأصلُ المقيسُ عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الردّ بالعيب .

وإذا تقرّر هذا : فقال ابن حامد : يتقدّر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفة ، فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة ، وإن طال ، لأن المجلس كلّه فى حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض . كالقبض حالة العقد .

وظاهر كلام الخرقى : أنّه لا يتقدّر بالمجلس ، بل متى بادر ، فطالبَ عقيب علمه ، وإلا بطلت شفعته ، وهذا ظاهر كلام أحمد ، وقول الشافعىّ ، لماذكرنا من الخبر ، والمعنى ، وما ذكروه يبطُل بخيار الردّ بالعيب ، فعلى هذا : متى أخّر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر ، بطلت شفعتُه ، وإن أخّرها لعُذر مثلُ أن يعلم ليلاً فيؤخّره إلى الصبح ، أولشدّة جوع ، أوعطش ، حتى يأكل ، ويشرب ، أو لطهارةٍ ، أو إغلاقِ بابٍ ، أو ليخرُج من الحمّام ، أو ليؤذّن ، ويقيم ، ويأتى بالصلاة ، وسنتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف

فوتها ، لم نبطّل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضىً بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ، فيمكنه أن يُطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فإن شفعته تبطُل بتركه المطالبة ، لأن هذا لايشغله عنها ، ولاتشغله المطالبة عنه ، فأمّا مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يُسرع فى مشيه ، أو يحرّك دابّته ، فلم يفعل ، ومضى على حسب عادته لم تسقطُ شفعته ، لأنه طلب بحكم العادة ، وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى ، فإذا لقيه بدأ السلام ، لأن ذلك السنّة ، وقد جاء فى حديث « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تُجِيبُوهُ » ثم يطالب ، وإن قال بعد السلام : بارك الله لك فى صفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ، ونحو ذلك لم تبطُل شفعته ، لأنّ ذلك يتّصل بالسلام ، فيكون من جملته ، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشِّقْص يرجع إليه ، فلا يكون ذلك رِضىً ، وإن اشتغل بكلامٍ آخر ، أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته ، لما قدّمنا .

٣٩٦٧ (فصـــل)

فإن أخبره بالبيع مخبرٌ فصدّقه ، ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعتُه ، سواء كان المخبرُ ممّن يُقبل خبره ، أو لا يُقبل ، لأن العلم قد يحصُل بخبر من لا يُقبَل خبرهُ ، لقرائن دالّة على صدقه .

وإن قال : لم أصدقه ، وكان المخبِر ممّن يحكم بشهادته ، كرجلين عدلين بطلت شفعته ، لأن قولهما حُجّة تثبُت بها الحقوق .

وإن كان ممّن لا يُعمل بقوله ، كالفاسق ، والصبىّ لم تبطلُ شفعته .

وحكى عن أبى يوسف : أنّها تسقُط ، لأنه خبر يُعمل به فى الشرع فى الإذن فى دخول الدار ، وشبهه . فسقطت به الشفعة . كخبر العدل .

ولنا : أنه خبر لا يقبل فى الشرع . فأشبه قول الطفل ، والمجنون ، وإن أخبره رجل عدل ، أو مستور الحال سقطت شفعته ، ويحتمل أن لا تسقط ، ويروى هذا عن أبى حنيفة ، وزفر ، لأن الواحد لا تقوم به البيِّنة .

ولنا : أنه خبر لا تُعتبر فيه الشهادة . فقبل من العدل ، كالرواية ، والفُتيا ، وسائر الأخبار الدينية ، وفارق الشهادة ، فإنّه يُحتاط لها باللفظ ، والمجلس ، وحضور المدّعى عليه ، وإنكاره ، ولأن الشهادة يُعارضها إنكار المنكر ، وتوجب الحقّ عليه ، بخلاف هذا الخبر ، والمرأة فى ذلك كالرجل ، والعبد كالحر ، وقال القاضى : هما كالفاسق ، والصبىّ ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن قولهما لا يثبُت به حقّ .

ولنا : أن هذا خبر ، وليس بشهادة ، فاستوى فيه الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والحرّ ، كالرواية ،

والأخبار الدينية ، والعبد من أهل الشهادة ، فيما عدا الحدود ، والقصاص ، وهذا مما عداها ، فأشبه الحرّ .

٣٩٦٨ (فصـــل)

إذا أظهر المشترى أن الثمن أكثر مما وقع العقد به ، فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك . وبهذا قال الشافعىّ . وأصحاب الرأى ، ومالك . إلاّ أنه قال : بعد أن يحلف : ما سلّمتُ الشفعة إلاّ لمكان الثمن الكثير ، وقال ابن أبى ليلى : لا شفعة له ، لأنه سلّم وَرَضِىَ .

ولنا : أنه تركها للعذر ، فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير . ويرضاه بالقليل ، وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك ، كما لو تركها لعدم العلم . وكذلك إن أظهر أن المبيع سهامٌ قليلة . فبانت كثيرةً ، أوأظهر أنهما تبايعا بدنانير ، فبان أنها دراهم ، أو بدراهم ، فبانت دنانير ، وبهذا قال الشافعىّ ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباه ، إن كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة ، لأنهما كالجنس الواحد .

ولنا أنهما جنسان ، فأشبها الثياب ، والحيوان ، ولأنه قد يملك بالنقد الذى وقع به البيع ، دون ما أظهره ، فيتركه لعدم ملكه له ، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد ، فبان أنه اشتراه بعوض أو بعرض فبان أنه بنقد ، أو بنوع من العرض ، فبان أنه بغيره ، أو اشتراه مشترٍ ، فبان أنه اشتراه لغيره ، أو أظهر أنه اشتراه لغيره ، فبان أنه اشتراه له ، أوأنه اشتراه لإنسان ، فبان أنه اشتراه لغيره ، لأنه قد يرضى شركةَ إنسان ، دون غيره ، وقد يحابى إنساناً أويخافه ، فيترك لذلك ، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكلّ بثمن ، فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه اشترى جميعه . بضعفه ، أو أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو ، أو غيره أوأنه اشتراه هو وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، لم تسقط الشفعة فى جميع ذلك ، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه ، دون ما أظهره ، فيترك لذلك ، فلم تسقط شفعته ، كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أقلّ منه ، فأما إن أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكلّ بثمن ، فبان أنه اشترى به بعضه ، سقطت شفعته ، لأن الضرر فيما أبطنه أكثر ، فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلّة ضرره ، فالكثير أولى .

٣٩٦٩ (فصـــل)

وإن لقيه الشفيع فى غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال : إنما تركتُ المطالبة لأطالبه فى البلد الذى فيه البيع ، أو المبيع ، أو لآخذ الشقّص فى موضع الشفعة ، سقطت شفعته ، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة ، فإنها لا تقف على تسليم الشقص ، ولا على حضور البلد الذى هو فيه ، وإن قال : نسيتُ ، فلم أذكر المطالبة ، أو نسيتُ البيع سقطت شفعته ، لأنها خيارٌ على الفور ، فإذا أخّره نسياناً بطل ، كالردّ بالعيب ، وكما لو أمكنت المعتَقَةُ زوجها من وطئها نسياناً ، ويحتمل أن لا تسقط المطالبة ، لأنه تركها لعذر ، فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها ، وإن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت ، كالردّ بالعيب .

٣٩٧٠ (فصـــل)

وإذا قال الشفيع المشترى : بعنى ما اشتريتَ ، أو قاسمنى بطلت شفعته ، لأنه يدلّ على رضاه بشرائه، وتركه للشفعة ، وإن قال : صالحنى على مالٍ سقطت أيضاً وقال القاضى : لا تسقط ، لأنه لم يرض بإسقاطها، وإنما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة .

ولنا أنه رضى بتركها ، وطلب عوضها ، فيثبت الترك المرضىُّ به ، ولم يثبُت العِوَضُ ، كما لو قال : بعنى، فلم يبعه، ولأن ترك المطالبة بها كافٍ فى سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

فإن صالحه عنها بعوض لم يصحّ ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك : يصحّ لأنه عوض عن إزالة ملك ، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأةٍ أمرَها .

ولنا : أنه خيار لا يسقط إلى مالٍ ، فلم يجُز أخذُ العوض عنه ، كخيار الشرط ، ويبطل ما قاله بخيار الشرط ، وأما الخلع فهو معاوضة عمّا ما ملكه بعوض ، وههنا بخلافه .

٣٩٧١ (فصـــل)

وإن قال:آخذ نصف الشِّقص سقطت شفعته ، وبهذا قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعىّ ، وقال أبو يوسف : لا تسقط ، لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها ، لكونها لا تتبعّض ، ولا يجوز أخذ بعضها .

ولنا : أنه تارك لطلب بعضها ، فيسقط ، ويسقط باقيها ، لأنها لا تتبعّض ، ولا يصحّ ما ذكره ، فإن طلب بعضها ليس بطالب لجميعها ، وما لا يتبعّض لا يثبُت حتّى يثبُت السبب فى جميعه ، كالنكاح ، ويخالف السقوط ، فإن الجميع يسقُط بوجود السبب فى بعضه ، كالطلاق والعتاق .

٣٩٧٢ (فصـــل)

وإن أخذ الشِّقص بثمن مغصوب ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تسقط شفعته ، لأنه بالعقد استحقّ الشِّقص بمثل ثمنه فى الذمّة ، فإذا عيّنه فيما لا يملكه سقط التعيين ، وبقى الاستحقاق فى الذمّة ، فأشبه ما لو أخّر الثمن ، أو كما لو اشترى شيئاً آخر ، ونقد فيه ثمناً مغصوباً .

والثانى : تسقط شفعته ، لأن أخذه للشِّقص بما لا يصحّ أخذه به تركٌ له ، وإعراض عنه ، فتسقط الشفعة ، كما لو ترك الطلب بها .

٣٩٧٣ (فصـــل)

ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفعته ، لأنه لم يبق له ملك يستحقّ به ، ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه ففيه وجهان :

أحدهما : تسقط أيضاً ، لأنها استُحِقّت بجميعه ، فإذا باع بعضه سقط ما تعلّق بذلك من استحقاق الشفعة ، فيسقط باقيها ، لأنها لا تتبعّض ، فيسقط جميعها بسقوط بعضها ، كالنكاح ، والرقّ ، وكما لو عَفَى عن بعضها .

والثانى : لا تسقُط ، لأنه قد بقى من نصيبه ما يستحقّ به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقى ، وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى ، وفى الثانية إذا قلنا : تسقُط شفعةُ البائع الأول ، لأنه شريكٌ فى المبيع ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة البائع ، فله أخذ الشّقص من المشترى الأول، وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثانى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له الشفعة ، لأنه شريك، فإن الملك ثابت له يملك التصرّف فيه، بجميع التصرفات، ويستحقّ نماؤه ، وفوائده ، واستحقاقُ الشفعة به ، من فوائده .

والثانى . لا شفعة له . لأن ملكه يوجد بها ، فلا تؤخذ الشفعة به ، ولأن ملكه متزلزل ، ضعيف ، فلا يستحقّ الشفعة به ، لضعفه ، والأول أقيس . فإنّ استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحقّ به الشفعة ، كالصداق قبل الدخول ، والشِّقص الموهوب للولد .

فعلى هذا . للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى ، سواء أُخِذ منه المبيع بالشفعة ، أو لم يُؤخذ ، وللبائع الثانى إذا باع بعض الشِّقص الأخذُ من المشترى الأول فى أحد الوجهين ، فأمّا إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضى : تسقُط شفعته أيضاً ، لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذى يستحقّ به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه ، فصار كمن اشترى معيباً ، فلم يعلم عيبه حتى زال ، أو حتى باعه ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه ، سواء فيما إذا باع جميعه ، أو بعضه .

وقال أبو الخطاب . لا تسقُط شفعته ، لأنها ثبتت له ، ولم يوجد منه رضًى بتركها ، ولا ما يدلّ على إسقاطها ، والأصلُ بقاؤها ، فتبقى ، وفارق ما إذا علم ، فإن بيعه دليلٌ على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثانى أخذُ الشِّقص من المشترى الأول، فإن عفى عنه، فللمشترى الأول أخذُ الشِّقص من المشترى الثانى، وإن أخذ منه ، فهل للمشترى الأول الأخذ من الثانى ؟ على وجهين .

٣٩٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن كان غائباً وعلم بالبيع فى وقت قدومه فله الشفعة، وإن طالت غيبته ﴾ .

وجملة ذلك . أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم ، رُوى ذلك عن شُريح ، والحسن ، وعطاء ، وبه قال مالك ، والليث ، والثورىّ . والأوزاعىّ . والشافعىّ . والعنبرىّ . وأصحاب الرأى .

١٦٧٧ (فصـــل)

ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة ، كالصداع اليسير ، والألم القليل ، فهو كالصحيح ، وإن

ورُوى عن النَّخَعِىّ :ليس للغائب شفعة، وبه قال الحارث العُكْلِىّ ، والبتىّ ، إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضرّ بالمشترى ، ويمنع من استقرار ملكه ، وتصرّفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه ، فلم يثبت ذلك ، كثبوته للحاضر على التراخى .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسَمْ » وسائر الأحاديث ، ولأن الشفعة حقّ مالىّ وُجد سببه بالنسبة إلى الغائب ، فيثبت له ، كالإرث ، ولأنه شَريك لم يعلم بالبيع ، فتثبت له الشفعة عند علمه ، كالحاضر إذا كتم عنه البيع ، والغائب غيبة قريبة ، وضرر المشترى يندفع بإيجاب القيمة له ، كما فى الصورة المذكورة .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقتَ قدومه فله المطالبة ، وإن طالت غيبته ، لأن هذا الخيار يثبُت لإزالة الضرر عن المال ، فتراخى الزمان قبل العلم به لا يُسقطه ، كالردّ بالعيب ، ومتى علم فحكمه فى المطالبة حكم الحاضر ، فى أنه إن طالب على الفور استحقّ ، وإلا بطلت شفعته ، وحكم المريض ، والمحبوس ، وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكمُ الغائب لما ذكرنا .

٣٩٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن علم وهو فى السفر فلم يُشهد على مطالبته فلا شفعة له ﴾ .

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع ، وقدر على الإشهاد ، وعلى المطالبة ، فلم يفعل أنّ شفعته تسقُط ، سواء قدر على التوكيل ، أو عجز عنه ، أو سار عَقِيب العلم ، أو أقام ، وهو ظاهر كلام أحمد : فى رواية أبى طالب فى الغائب له الشفعةُ إذا بلغه أَشْهَد ، وإلاّ فليس له شىء ، وهو وجهٌ للشافعىّ ، والوجه الآخرُ لا يحتاج إلى الإشهاد ، لأنه ثبت عذره ، فالظاهرُ أنه ترك الشفعة لذلك ، فقُبل قوله فيه .

ولنا : أنه قد يترك الطلب للعذر ، وقد يسير لطلب الشفعة ، وقد يسير لغيره ، وقد قدر أن يُبَيِّن ذلك بالإشهاد ، فإذا لم يفعل سقطت شفعته ، كتارك الطلب مع حضوره ، وقال القاضى : إن سار عَقِيب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد . احتمل أن لا تَبطل شفعته ، لأن ظاهر سيره أنه للطلب ، وهو قول أصحاب الرأى ، والعنبرىّ ، وقولٌ للشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى له من الأجَلِ بعد العلم قدرُ السير ، فإن مضى الأجلُ قبل أن يبعث، أو يطلب بطلت شفعته ،وقال العنبرى : له مسافة الطريق ذاهباً،وجائياً ، لأن عذره فى ترك الطلب ظاهرٌ ، فلم يَحتج معه إلى الشهادة ، وقد ذكرنا وجه قول الخِرَقىّ : ولا خلاف فى أنه إذا عجز عن الإشهاد فى سفره أنّ شفعته لا تسقُط ، لأنه معذور فى تركه ، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره ،

أو لعدم العلم ، ومتى قدر على الإشهاد فأخّره كان كتأخير الطلب للشفعة : إن كان لعذر لم تسقط الشفعة، وإن كان لغير عذر سقطت ، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ، ونائبٌ عنه ، فيُعتبر له ما يُعتبر للطلب ، ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته ، كالصبيّ ، والمرأة ، والفاسق ، فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه ، لأن قولهم غيرُ معتبر ، فلم يلزم إشهادهم ، كالأطفال ، والمجانين .

وإن لم يجد من يُشهده إلاّ من لا يقدَم معه إلى موضع المطالبة فلم يُشهد ، فالأولى أنّ شفعته لا تبطل، لأن إشهاده لا يفيد ، فأشبه إشهاد من لا تُقبل شهادته ، فإن لم يجد إلا مستورَى الحال فلم يُشهدهما . احتمل أن تبطل شفعته ، لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية ، فأشبها العَدْلَيْنِ .

ويحتمل أن لا تبطل ، لأنه يحتاج فى إثبات شهادتهما إلى كُلفةٍ كثيرة ، وقد لا يقدر على ذلك ، فلا تقبل شهادتهما ، وإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، سواء قُبلت شهادتهما ، أو لم تقبل ، لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك ، فأشبه العاجز عن الإشهاد ، وكذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحدٍ ، فأشهده ، أو ترك إشهاده .

٣٩٧٦ (فصـــــل)

إذا أشهد على المطالبة ، ثم أخرّ القدوم مع إمكانه ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أن الشـفعة بحالها ، وقال القاضى : تبطل شفعته ، وإن لم يقدر على المسير ، وقدر على التوكيل فى طلبها ، فلم يفعل بطلت أيضاً ، لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه ، فسقطت ، كالحاضر ، أو كما لم يُشهد ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، إلاّ أنّ لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين :

أحدهما : لا تسقط شفعته . لأن له غرضاً بأن يُطالب لنفسه ، لكونه أقوم بذلك ، أو يخاف الضرر من جهة وكيله ، بأن يُقرّ عليه برشوة ، أو غير ذلك ، فيلزمه إقراره ، فكان معذوراً .

ولنا : أن عليه فى السفر ضرراً لالتزامه كلفته ، وقد يكون له حوائج ، وتجارة ، ينقطع عنها ، وتضيع بغيبته ، والتوكيل إن كان بجُعْلٍ لزمه غُرْم ، وإن كان بغير جُعْلٍ لزمته مِنَّةٌ ، ويخاف الضرر من جهته ، فاكتفى بالإشهاد ، فأمّا إن ترك السفر لعجزه عنه ، أو لضرر يلحقه فيه ، لم تبطل شفعته ، وجهاً واحداً ، لأنه معذور ، فأشبه من لم يعلم .

وإن لم يقدر على الإشهاد ، وأمكنه السفر ، أو التوكيل ، فلم يفعل بطلت شفعته ، لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه ، من غير وجود ما يقوم مقام الطلب ، فسقطت ، كما لو كان حاضراً.

٣٩٧٧ (فصـــــل)

ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة ، كالصداع اليسير ، والألم القليل ، فهو كالصحيح ، وإن

كان مرضا يمنع المطالبة ، كالحمّى ، وأشباهها ، فهو كالغائب فى الإشهاد ، والتوكيل . وأما المحبوس : فإن كان محبوساً ظلماً ، أو بدين لا يمكنه أداؤه ، فهو كالمريض ، فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه ، وهو قادر عليه ، فهو كالمُطْلَق : إن لم يبادر إلى المطالبة ، ولم يوكّل فيها بطلت شفعته ، لأنه تركها مع القدرة عليها .

٣٩٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثةٌ أو أكثر ، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ، فإن طالب الأول رجع الثانى بالثمن الذى أخذ منه ، والثالث على الثانى ﴾

وجملة ذلك : أن المشترىَ إذا تصرّف فى المبيع قبل أخذ الشفيع ، أو قبل علمه ، فتصرُّفه صحيح ، لأنه ملكه ، وصحّ قبضه له ، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملّكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرّفه ، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيباً ، لم يمنع التصرّف فى الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرّف فى الهبة ، وإن كان الواهب ممّن له الرجوع فيه ، فمتى تصرّف فيه تصرُّفاً صحيحاً تجب به الشفعة ، مثلُ أنْ باعه فالشفيع بالخيار . إن شاء فسخ البيع الثانى ، وأخذه بالبيع الأول بثمنه ، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرّف المشترى ، وإن شاء أمضى تصرّفه ، وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ، لأنه شفيع فى العقدين ، فكان له الأخذُ بما شاء منهما ، وإن تبايع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، وينفسخ العقدان الأخيران ، وله أن يأخذه بالثانى ، وينفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث . ولا ينفسخ شيء من العقود .

فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذى اشترى به ، ولم يرجع على أحدٍ ، لأنه وصل إليه الثمن الذى اشترى به ، وإن أخذ من الثانى دفع إليه الثمن الذى اشترى به ، ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انفسخ عقده ، وأخذ الشِّقْص منه ، فيرجع بثمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه .

وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به ، وانفسخ عقد الآخَرَيْن ، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه .

فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ، ثم اشتراه الثانى بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة ، وأخذ الثانى من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشِّقْص إنما يُؤخذ من الثالث ، لكونه فى يده ، وقد انفسخ عقده ، فيرجع بثمنه الذى ورثه ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وبه يقول مالك ، والشافعىّ ، والعنبرىّ ، وأصحاب الرأى .

وما كان فى معنى البيع مما تجبُ به الشفعة ، فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان ممّا لا تجب به الشفعة فهو كالهبة ، والوقف ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٩٧٩ (فصـــــل)

وإن تصرّف المشترى فى الشّقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف،والهبة ، والرهن ، وجَعْلِه مسجداً ، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرّف ، ويأخذه بالثمن الذى وقع البيع به ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى ، والثالث ، مع إمكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقدٍ لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حقّ الشفيع أسبقُ ، وَجَنْبَتُه أقوى ، فلم يملك المشترى أن يتصرّف تصرفاً يُبطل حقَّه ، ولا يمتنع أن يَبْطُل الوقف ، لأجل حقّ الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فإنه إذا مات رُدَّ الوقفُ إلى الغرماء ، والورثة ، فيما زاد على ثلثه ، بل لهم إبطال العتق ، فالوقف أولى .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى رواية علىّ بن سعيد ، وبكر بن محمد إسقاطُ الشفعة فيما إذا تصرّف بالوقف ، والهبة ، وحكى ذلك عن الماسَرْجَسىّ فى الوقف ، لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً .

وقال ابن أبى موسى : من اشترى داراً ، فجعلها مسجداً ، فقد استهلكها ، ولا شُفعة فيها ، ولأنّ فى الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له ، والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يُزال الضررُ بالضرر ، بخلاف البيع ، فإنه إذا فسخ البيع الثانىَ رجع المشترى الثانى بالثمن الذى أُخِذ منه ، فلا يلحقه ضرر ، ولأن ثبوت الشفعة ههنا يوجب ردّ العِوَض إلى غير المالك ، وسلبه عن المالك .

فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام ، وإن قلنا بثبوتها ، فإن الشفيع يأخذ الشِّقص ممّن هو فى يده ، ويفسخ عقده ، ويدفع الثمن إلى المشترى ، وحُكى عن مالك : أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملكه .

ولنـا : أن الشفيع يُبْطِل الهبة ، ويأخذ الشِّقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له ، كذلك بعد الهبة المفسوخة .

٣٩٨٠ (فصـــــل)

فإن جعله صداقاً ، أو عوضاً فى خُلع ، أو صُلح عن دم عمد ، انبنى ذلك على الوجهين فى الأخذ بالشفعة. فإن قايل البائع المشترى ، أو ردّه عليه بعيب ، فللشفيع فسخ الإقالة ، والردّ ، والأخذ بالشفعة . لأن حقّه سابق عليهما ، ولا يمكنه الأخذ معهما ، وإن تحالفا على الثمن ، وفسخا البيع ، فللشفيع أن يأخذ الشِّقص بما حلف عليه البائع . لأن البائع مُقرّ بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ، ومقرٌّ للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك . فإذا بطل حقّ المشترى بإنكاره لم يبطل حقّ الشفيع بذلك ، وله أن يُبطل فسخَهما ، ويأخذ ، لأنّ حقّه أسبق .

اشترى الشِّقص بثمن فى الذمّة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة . لأن البيع صحيح ، فإن

٣٩٨١ (فصــــل)

وإن اشترى شِقصاً بعبد ، ثم وجد بائعُ الشِّقص بالعبد عيباً ، فله ردُّ العبد ؛ واسترجاع الشِّقص ، ويقدَّم على حقّ الشفيع . لأن فى تقديم حقّ الشفيع إضراراً بالبائع ، بإسقاط حقّه من الفسخ الذى استحقّه ، والشفعةُ لا تثبتُ لإزالة الضرر ، فلا تثبُت على وجه يحصُل بها الضرر . فإن الضرر لا يُزال بالضرر .

وقال أصحاب الشافعىّ فى أحد الوجهين : يقدّم حقّ الشفيع . لأن حقّه أسبق ، فوجب تقديمه ، كما لو وجد المشترى بالشِّقص عيباً ؛ فردّه .

ولنا ، أن فى الشفعة إبطال حقّ البائع ، وحقّه أسبق ، لأنه استند إلى وجود العيب ، وهو موجودٌ حال البيع ، والشفعة ثبتت بالبيع ، فكان حقُّ البائع سابقاً ، وفى الشفعة إبطاله ، فلم تثبُت ، ويُفارق ما إذا كان الشِّقص معيباً ، فإنّ حقّ المشترى إنّما هو فى استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع ، فلا فائدة فى الردّ .

وفى مسألتنا : حقُّ البائع فى استرجاع الشِّقص ، ولا يحصُل ذلك مع الأخذ بالشفعة ، فافترقا .

فإن لم يردّ البائعُ العبد المعيب حتى أخذ الشفيع ، كان له ردّ العبد ؛ ولم يملك استرجاع المبيع . لأن الشفيع ملكه بالأخذ ، فلم يملك البائع إبطال ملكه ، كما لو باعه المشترى لأجنبىّ ، فإن الشفعة بيعٌ فى الحقيقة ، ولكن يرجع بقيمة الشِّقص ، لأنه بمنزلة التالف ، والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد ، فهل يتراجعان؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتراجعان . لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد ، وهو قيمة العبد صحيحاً ، لا عيب فيه ، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك ردّه ، ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً ، لأنه إنّما أعطى عبداً معيباً ، فلا يأخذ قيمةً غير ما أعطى .

والثانى : يتراجعان . لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، والذى استقرّ عليه العقدُ قيمةُ الشِّقص .

فإذا قلنا : يتراجعان ، فأيّهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وإن لم يردّ البائع العبد ، ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشترى على الشفيع بشىء . لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غيرَ مَعيب .

وإن أدّى قيمته معيباً رجع المشترى عليه بما أدّى من أرشه ، وإن عفا عنه ، ولم يأخذ أرشًا لم يرجع الشفيع عليه بشىء . لأن البيع لازم من جهة المشترى ، لا يملك فسخه ، فأشبه ما لو حَطّ عنه بعض الثمن

بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشترى ببيع ، أو هبة ، أو إرث . أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول . لأن ملك المشترى زال عنه . وانقطع حقه منه . وانتقل حقه إلى القيمة .

فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده . فأدى قيمته ، ثم قدر عليه . فإنه يرده . لأن ملك المغصوب لم يزل عنه .

٣٩٨٢ (فصـــل)

ولو كان ثمن الشقص مكيلاً . أو موزوناً . فتلف قبل قبضه بطل البيعُ وبطلت الشفعة . لأنه تعذر التسليم . فتعذر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة ، كما لو فسخ البيع فى مدة الخيار ، بخلاف الإقالة . والرد بالعيب ، وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه فى المسألة التى قبلها . لأن لمشترى الشقص التصرف فيه قبل تقبيض ثمنه ، فأشبه مالو اشتراه منه أجنبى :

٣٩٨٣ (فصـــل)

وإن اشترى شقصاً بعبد ، أو ثمن مُعيّن ، فخرج مستحَقاً ، فالبيعُ باطل ، ولا شفعة فيه ، لأنها إنما تثبت فى عقد يَنقلُ الملك إلى المشترى ، وهو العقد الصحيح ، فأما الباطل فوجوده كعدمه . فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببينة أو إقرار من الشفيع ، والمتبايعين.

فإن أقر المتبايعان ، وأنكر الشفيع لم يُقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة ، ويرد العبد على صاحبه، ويرجع البائع على المشترى بقيمة الشقص .

وإن أقر الشفيع ، والمشترى دون البائع . لم تثبت الشفعة ، ووجب على المشترى رد قيمة العبد على صاحبه ، ويبقى الشقص معه ، يرغم أنه للبائع ، والبائعُ ينكره ، ويدعى عليه وجوب رد العبد ، والبائع يُنكره ، فيشترى الشقص منه ، ويتبارآن .

وإن أقر الشفيع ، والبائع ، وأنكر المشترى وجب على البائع رد العبد على صاحبه ، ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشترى بشىء . لأن البيع صحيح فى الظاهر ، وقد أدى ثمنه الذى هو ملكه فى الظاهر وإن أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ، ولا يثبت شىء من أحكام البطلان فى حق المتبايعين . فأما إن اشترى الشقص بثمن فى الذمة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقاً كانت الشفعةُ واجبةً . لأن البيع صحيح ، فإن تعذر قبض الثمن من المشترى لإعساره ، أو غيره ، فللبائع فسخ البيع ، ويقدم حق الشفيع . لأن الأخذ بها يُحصّل للمشترى ما يوفيه ثمناً ، فتزول عُسرته ، ويحصُل الجمع بين الحقين ، فكان أولى .

٣٩٨٤ (فصـــل)

وإذا وجبت الشفعة ، وقضى القاضى بها ، والشقص فى يد البائع ، ودفع الثمن إلى المشترى ، فقال البائع

للشفيع : أقِلْني . فأقاله ، لم تصح الإقالة . لأنها تصح بين المتبايعين ، وليس بين الشفيع والبائع بيع ، وإنما هو مشترٍ من المشترى ، فإن باعه إياه صحّ البيع ، لأنّ العقار يجوز التصرّف فيه قبل قبضه .

٣٩٨٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا بيع فى شركة الصغير شقصٌ ثبتت له الشفعة فى قول عامّة الفقهاء ، منهم الحسن ، وعطاء ، ومالك ، والأوزاعىّ والشافعىّ ، وسَوّار ، والعنبرىّ ، وأصحاب الرأى . وقال ابن أبى ليلى : لا شفعة له ، ورُوِى ذلك عن النخَعِىّ ، والحارث العُكْلِىّ لأن الصبىّ لا يمكنه الأخذ ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ ، لما فيه من الإضرار بالمشترى ، وليس للولىّ الأخذ . لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ .

ولنا عموم الأحاديث ، ولأنه خيار جُعل لإزالة الضرر عن المال ، فيثْبُت فى حقّ الصبىّ ، كخيار الردّ بالعيب . وقولهم : لا يمكن الأخذ غيرُ صحيح ، فإن الولى ، يأخذ بها ، كما يردّ المعيب . وقولهم : لا يمكنه العفو يبُطل بالوكيل فيها ، وبالردّ بالعيب ، فإن ولىَّ الصبىّ لا يمكنه العفو ، ويمكنه الردّ . ولأن فى الأخذ تحصيلاً للملك للصبىِّ ، ونظراً له ، وفى العفو تضييع ، وتفريط فى حقّه ، ولا يلزم من مالك مافيه الحظّ ملك مافيه تضييع . ولأن العفو إسقاطٌ لحقّه ، والأخذ استيفاء له ، ولا يلزم من ملك الولىّ استيفاء حقّ المولَّى عليه ملكُ إسقاطه ، بدليل سائر حقوقه ، وديونه . وإن لم يأخذ الولىّ انتظر بلوغ الصبىّ ، كما ينتظر قدوم الغائب ، وما ذَكروه من الضرر فى الانتظار يبطُل بالغائب .

إذا ثبت هذا : فإن ظاهر قول الخِرَقىّ : أن للصغير إذا كبر الأخذ بها ، سواء عفاعنها الولىّ ، أو لم يعف ، وسواء كان الحظّ فى الأخذ بها ، أو فى تركها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، فى رواية ابن منصور : له الشفعة إذا بلغ ، فاختار ، ولم يفرق ، وهذا قول الأوزاعىّ ، وزفر ، ومحمد بن الحسن ، وحكاه بعض أصحاب الشافعىّ عنه . لأن المستحقّ للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء كان له الحظّ فيها ، أو لم يكن ، فلم يسقط بترك غيره ، كالغائب إذا ترك وكيلهُ الأخذ بها .

وقال أبو عبدالله بن حامد : إن تركها الولىّ لحظّ الصبىّ ، أو لأنه ليس للصبىّ ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ . لأنّ الولىّ فعل ماله فعله ، فلم يجز للصبىّ نقضُه ، كالردِّ بالعيب ، ولأنه فعل ما فيه الحظّ للصبىّ ، فصحّ ، كالأخذ مع الحظّ ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقُط .

وقال أبو حنيفة : تسقط بعفو الولىّ عنها فى الحالين ، لأن من ملك الأخذ بها مَلَكَ العفو عنها ، كالمالك وخالفه صاحباه فى هذا ، لأنه أسقط حقاً للمولّى عليه ، لاحظّ له فى إسقاطه ، فلم يصحّ ، كالإبراء ، وإسقاط خيار الردّ بالعيب .

ولا يصحّ قياس الوليّ على المالك ، لأن المالك التبرع ، والإبراء ، وما لا حظّ له فيه بخلاف الوليّ .

٣٩٨٦ (فصــل)

فأما الوليّ فإن كان للصبيّ حظّ فى الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً ، أو بثمن المثل ، وللصبيّ مال لشراء العقار لزم وليّه الأخذ بالشفعة ، لأنّ عليه الاحتياط له ، والأخذ بما فيه الحظ ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبى ، ولم يملك نقضه بعد البلوغ ، فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعيّ وأصحاب الرأى .

وقال الأوزاعيّ : ليس للوليّ الأخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها ، فلا يملك الأخذ بهـا ، كالأجنبيّ ، وإنما يأخذ بها الصبيّ إذا كبر ، ولا يصحّ هـذا ، لأنّه خيار جُعِل لإزالة الضرر عن المال ، فملكه الوليّ فى حقّ الصبى ، كالردّ بالعيب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى ، فإن تركها الوليّ مع الحظّ فللصبيّ الأخذ بها ، إذا كبر ، ولا يلزم الوليّ لذلك غرم ، لأنه لم يفوتّ شيئاً من ماله ، وإنما ترك تحصيل ماله الحظّ فيه ، فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظّ فى شرائه ، وإن كان الحظ فى تركها ، مثل أن يكون المشترى قد غُبِنَ أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ، ويرهن مال الصبيّ فليس له الأخـذ ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبيّ فيه ، فإن أخذ فهل يصحّ ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يصحّ ، ويكون باقياً على ملك المشترى ، لأنه اشترى له مالاً يملك شراءه ، فلم يصحّ كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل ، أو اشترى معيباً يعلم عيبه ، ولا يملك الوليّ المبيع ، لأن الشفعة تُؤخذ بحقّ الشركة ، ولا شركة للوليّ ، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصحّ ، فأشبه ما لو تزوّج لغيره ، بغير إذنه ، فإنّه يقع باطلاً ، ولا يصحّ لواحد منهما ، كذا ههنا ، وهذا مذهبُ الشافعيّ .

والرواية الثانية : يصحّ الأخذ للصبيّ . لأنه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصحّ ، كما لو اشترى معيبًا لا يعلم عيبه ، والحظّ يختلف ، ويخفى فقد يكون له حظّ فى الأخذ بأكثر من ثمن المثل ، لزيادة قيمة ملكه ، والشّقص الذى يشتريه بزوال الشركة ، أو لأن الضرر الذى يندفع بأخذه كثير ، فلا يمكن اعتبار الحظّ بنفسه ، لخفائه ، ولا بكثرة الثمن ، لما ذكرناه . فسقط اعتباره ، وصحّ البيع .

٣٩٨٧ (فصــل)

وإذا باع وصيّ الأيتام ، فباع لأحدهم نصيباً فى شركةِ آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة . لأنه كالشراء له ، وإن كان الوصيُّ شريكاً لمن باع عليه ، لم يكن له الأخذ لأنه متّهم فى بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه ، ولو باع الوصيّ نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة . إذا كان له الحظّ فيها . لأنّ التهمة منتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة فى ثمنه . لكون المشترى لا يوافقه . ولأنّ الثمن حاصلٌ له من

المشترى . كحصوله من اليتيم . بخلاف بيعه مال اليتيم . فإنه يمكنه تقليل الثمن . ليأخذ الشقص به . فإذا رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فللوصى الأخذ حينئذ . لعدم التهمة . وإن كان مكان الوصى أب . فباع شقص الصبى . فله أن يأخذه بالشفعة . لأن له أن يشترى من نفسه مال ولده . لعدم التهمة . وإن بيع شقص فى شركة حَمْلٍ . لم يكن لوليّه أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية . وإذا ولد الحمل . ثم كبر . فله الأخذ بالشفعة . كالصبى إذا كبر .

٣٩٨٨ (فصــل)

وإذا عفا ولىّ الصبىّ عن شفعته التى له فيها حظّ ، ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك فى قياس المذهب ، لأنها لم تسقط بإسقاطه ، ولذلك ملك الصبىّ الأخذ بها إذا كبر ، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها ، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها ، لأنّ ذلك يؤدّى إلى ثبوت حقّ الشفعة على التراخى ، وذلك على خلاف الخبر ، والمعنى ، ويخالف أخذ الصبىّ بها إذا كبر ، لأن الحقّ يتجدّد له عند كبره ، فلا يملك تأخيره حينئذ ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم ، فأما إن تركها لعدم الحظّ فيها ، ثم أراد الأخذ بها ، والأمر على ما كان لم يملك ذلك ، كما لم يملكه ابتداءً ، وإن صار فيها حظّ أو كان معسراً عند البيع ، فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك ، فإن قلنا : لا تسقط ، وللصبىّ الأخذ بها إذا كبر ، فحكمها حكم ما فيه الحظّ ، وإن قلنا : تسقط ، فليس له الأخذ بها بحال ، لأنها قد سقطت على الإطلاق ، فأشبه مالو عفا الكبير عن شفعته .

٣٩٨٩ (فصــل)

والحكم فى المجنون المُطبِق ، كالحكم فى الصبىّ سواء ، لأنه محجور عليه لحظّه ، وكذلك السفيه لذلك ، وأما المغمَى عليه فلا ولايةَ عليه ، وحكمه حكم الغائب ، والمجنون ، ينتظَر إفاقته ، وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة ، والعفو عنها ، وليس لغرمائه الأخذ بها لأن الملك لم يثبُت لهم فى أملاكه قبل قسمتها ، ولا إجباره على الأخذ بها ، لأنها معاوضة ، فلا يُجبر عليها ، كسائر المعاوضات ، وليس لهم إجباره على العفو ، لأنه اسقاط حقّ فلا يُجبر عليه ، وسواء كان له حظّ فى الأخذ بها ، أولم يكن ، لأنه يأخذ فى ذمّته وليس بمحجور عليه فى ذمّته ، لكن لهم منعه من دفع ماله فى ثمنها ، لتعلّق حقوقهم بماله ، فأشبه مالو اشترى فى ذمّته شِقصاً غير هذا ، ومتى ملك الشّقص المأخوذ بالشفعة تعلقّت حقوق الغرماء به ، سواء أخذه برضاهم أو بغيره ، لأنه مال له ، فاشبه ما لو اكتسبه .

وأما المكاتب فله الأخذ ، والترك ، وليس لسيّده الاعتراض عليه ، لأنّ التصرّف يقع له دون سيّده ، فاما المأذون له فى التجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة ، لأنه مأذون له فى الشراء ، وإن عفا عنها لم ينفذ عفوه ،

لأن الملك لسيّده ، ولم يأذن له فى إبطال حقوقه ، وإن أسقطها السيّد سقطت ، ولم يكن للعبد أن يأخذ ، لأن للسيّد الحجر عليه ، ولأن الحقّ قد أسقطه مستحقّه ، فيسقط بإسقاطه .

٣٩٩٠ (فصــل)

وإذا بيع شقص فى شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذُ بها ، إذا كان الحظّ فيها ، فإن تركها فلربّ المال الأخذ، لأن مال المضاربة ملكه ، ولا ينفذ عفو العامل ، لأن الملك لغيره ، فلم ينفذ عفوه ، كالمأذون له ، وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا فى شركة ربّ المال ، فهل لربّ المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيّين على شراء ربّ المال من مال المضاربة ، وقد ذكرناهما .

وإن كان المضارب شفيعه ، ولا ربح فى المال فله الأخذ بها ، لأنّ الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح ، وقلنا : لا يملك بالظهور ، فكذلك ، وإن قلنا : يملك بالظهور ففيه وجهان ، كربّ المال ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه على ما ذكرنا .

فإن باع المضارب شِقصاً فى شركته لم يكن له أخذه بالشفعة ، لأنه متّهم ، فأشبه شراءه من نفسه .

٣٩٩١ (فصــل)

ولا شفعة بشركة الوقف ، ذكره القاضيان : ابن أبى موسى ، وأبو يَعْلَى ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ لأنه لا يؤخذ بالشفعة ، فلا تجب فيه ، كالمجاور ، وغير المنقسم ، ولأننا إن قلنا : هو غير مملوك . فالموقوف عليه غيرُ مالك ، وإن قلنا : هو مملوك ، فملكه غير تامّ لأنه لا يُفيد إباحة التصرّف فى الرقبة ، فلا يملك به ملكاً تاما .

وقال أبو الخطاب : إن قلنا : هو مملوك وجبت به الشفعة ، لأنه مملوكٌ بِيعَ فى شركته شِقْصٌ ، فوجبت به الشفعة كالطلق ،ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه ، كوجوبها فى الطلق ، وإنما لم يستحقّ بالشفعة ، لأن الأخذ بها بيع ، وهو مما لا يجوز بيعه .

٣٩٩٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمةَ بنائه ، إلا أن يشاء المشترى أن يأخذ بناءه ، فله ذلك ، إذ لم يكن فى أخذه ضرر ﴾

وجملته : أنه يتصوّر بناء المشترى ، وغرسُه فى الشِّقص المشفوع على وجه مُباح فى مسائل :

(منها) :أن يُظهر المشترى أنه وُهِب له ، أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه ، أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها ، فيتركها ، ويقاسمه ، ثم يبنى المشترى ، ويغرس فيه .

(ومنها) أن يكون غائباً ، فيقاسمه وكيله ، أو صغيراً فيقاسمه وليّه ، ونحو ذلك ، ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير ، فيأخذ بالشفعة ، وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً ، فطالب المشترى الحاكم بالقسمة ، فقاسم ، ثم قدم الغائب ، وبلغ الصغير ، فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى ، وبنائه ، فإن المشترى قلع غرسه ، وبنائه ، إن اختار ذلك ، لأنّه ملكهُ ، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحُفَر ، ولا نقص الأرض ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ لأنه غرَس ، وبنَى فى ملكه ، وما حدث النقص إنّما حدث فى ملكه ، وذلك مما يُقابله ثمن .

وظاهر كلام الخِرَقىّ أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، لأنه اشترط فى قلع الغرس ، والبناء عدم الضرر ، وذلك لأنه نقصٌ دخل على ملك غيره ، لأجل تخليص ملكه ، فلزمه ضمانه ، كما لو كسر مِحْبَرَةَ غيره ، لإخراج ديناره منها ، وقولهم : إن النقص حصل فى ملكه ليس كذلك ، فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو فى ملك الشفيع ، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس ، والبناء ، فلا يضمنه ، لما ذكروه .

فإن لم يختر المشترى القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة ، وبين دفع قيمة الغراس ، والبناء ، فيملكه مع الأرض ، وبين قلع الغَرس ، والبناء ، ويضمن له مانقص بالقلع ، وبهذا قال الشعبىّ والأوزاعىّ ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، والبتّىّ وسوّار ، وإسحاق ، وقال حمّاد ابن أبى سليمان ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، يكلّف المشترى القلع ، ولا شىء له ، لأنه بنى فيما استحقّ غيره أخذه ، فأشبه الغاصب ؛ ولأنه بنى فى حقّ غيره بغير إذنه ؛ فأشبه مالو بانت مستَحَقّة .

ولنا قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك . ولأنه بنى فى ملكه الذى تملّك بيعه ، فلم يكلّف قلعه مع الإضرار ، كما لو لم يكن مشفوعا ، وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه بنى فى ملك غيره ، ولأنه عِرْقٌ ظالمٌ ، وليس لعرقِ ظالمٍ حقٌّ بخلاف ، مسألتنا ، فإنه غير ظالم ، فيكون له حقّ .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستَحِقًا للبقاء فى الأرض ، لأنه لا يستحقّ ذلك ، ولا قيمته مقلوعاً ، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً لملك قلعه ، ولم يضمن شيئا ، ولأنه قد يكون ممّا لا قيمة له إذا قلعه ، ولم يذكر أصحابنا كيفيّة وجوب القيمة ، فالظاهر أن الأرض تقوّم وفيها الغراس ، والبناء ، ثم تقوم خاليةً منهما ، فيكون ما بينهما قيمةَ الغرس ، والبناء ، فيدفعه الشفيع إلى المشترى إن أحبّ ، أو ما نقص منه إن اختار القلع ، لأن ذلك هو الذى زاد بالغرس ، والبناء ، ويحتمل أن يقوّم الغرس والبناء . مُستَحقًّا للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة ، إذا امتنعا من قلعه ، فإن كان للغرس وقت يُقلع فيه ، فيكون له قيمة ، وإن قُلع قبله لم يكن له قيمة ، أو تكون قيمتهُ قليلةً فاختار الشفيعُ قلعه قبل وقته ، فله ذلك ، لأنه يضمن النقص ، فيُجبر

به ضرر المشترى ، سواء كثر النقص ، أو قلّ ، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع ، وقد رضى باحتماله .

وإن غرس أو بنى مع الشفيع ، أو وكيله فى المُشاع ، ثم أخذه الشفيع ، فالحكم فى أخذ نصيبه من ذلك كالحكم فى أخذ جميعه بعد المقاسمة .

٣٩٩٣ (فصل)

وإن زرع فى الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ، ويبقى زرع المشترى إلى أوان الحصاد . لأن ضرره لا يتباقى ، ولا أجرةَ عليه ، لأنه زرعه فى ملكه ، ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع ، فكان له مُبقًّى إلى الحصاد ، بلا أجرة ، كغير المشفوع ، وإن كان فى الشجر ثمر ظاهر ، أثمر فى ملك المشترى ، فهو له مُبقًى إلى الجِذاذ ، كالزرع .

٣٩٩٤ (فصل)

وإذا نمى المبيع فى يد المشترى ، لم يخلُ من حالين .

أحدهما : أن يكون نماء متّصلاً ، كالشجر إذا كثرَ أو ثمرةٍ غير ظاهرة ، فإن الشفيع يأخذه بزيادته ، لأن هذه زيادة غير متميّزة ، فتبعت الأصل ، كما لو ردّ بعيب ، أو خيار ، أو إقالة .

فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج فى نصفه زائداً إذا طلّق قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين ، وفى مسألتنا إذا لم يرجع فى الشّقص سقط حقّه من الشفعة ، فلم يسقطُ حقّه من الأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المتّصل ، كما ذكرنا فى الفسوخ كلِّها .

الحال الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة ، كالغلّة ، والأجرة ، والطلع المؤبّر والثّمرة الظاهرة ، فهى للمشترى ، لا حقّ للشفيع فيها ، لأنّها حدثت فى ملكه ، وتكون للمشترى مُبقّاةً فى رءوس النخل إلى الجذاذ . لأن أخذ الشفيع من المشترى شراء ثانٍ ، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبّر ، فأبّره ، ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرضَ والنخيلَ بحصّتهما من الثمن ، كما لو كان المبيع شِقصاً وسَيْفاً .

٣٩٩٥ (فصل)

وإن تلف الشّقص ، أو بعضه فى يد المشترى ، فهو من ضمانه . لأنه ملكه تلف فى يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصّته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى ، أو بفعل آدمىّ ، وسواء تلف باختيار المشترى ، كنقضه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن انهدم ، ثمّ إن

كانت الأنقاض موجودةً أخذها مع العَرْصَةِ بالحصّة ، وإن كانت معدومةً أخذ العَرْصَةِ ، وما بقى من البناء .

وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم ، وهذا قول الثورىّ ، والعنبرىّ ، وأبى يوسف ، وقول الشافعىّ .

وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان التلف بفعل آدمىّ كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه ، أو حريق ؛ أو غرق ؛ فليس للشفيع أخذ الباقى إلا بكلّ الثمن ؛ أو يترك ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقول الشافعىّ ، لأنه متى كان النقص بفعل آدمىّ رجع بدله إلى المشترى ، فلا يتضرّر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شىء ، فيكون الأخذ منه إضراراً به ، والضرر لا يُزال بالضرر .

ولنا : أنه تعذّر على الشفيع أخذ الجميع ، وقدر على أخذ البعض ، فكان له بالحصّة من الثمن ، كما لو تلف بفعل آدمىّ سواه ، أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو تقول ، أخذ بعض ما دخل معه فى العقد ، فأخذه بالحصّة ، كما لو كان معه سيف .

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ، ولاصنع للشفيع فيه ، والذى يأخذه الشفيع يؤدّى ثمنه ، فلا يتضرّر المشترى بأخذه ، وإنما قلنا: يأخذ الأنقاض ، وإن كانت منفصلة . لأنّ استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع . وفى تلك الحال كان متصلا اتّصالاً ليس مآله إلى الانفصال ، وانفصاله بعد ذلك لا يُسقط حقّ الشفعة ، ويُفارق الثمرة غير المؤبّرة إذا تأبّرت . فإنّ مآلها إلى الانفصال ، والظهور ، فإذا ظهرت فقد انفصلت . فلم تدخل فى الشفعة ، وإن نقصت القيمةُ مع بقاء صورة المبيع . مثل أن انشقَّ الحائط . واستهدم البناء . وشعّث الشجر . وبارت الأرض . فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن ، أو الترك ، لأن هذه المعانىَ لا يقابلها الثمن : بخلاف الأعيان . ولهذا قلنا : لو بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمةَ بنائه . ولو زاد المبيع زيادةً متّصلة دخلت فى الشفعة .

٣٩٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الشراء وقع بعين ، أو ورِقٍ أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عَرْضاً أعطاه قيمتَه ﴾

وجملته : أن الشفيع يأخذ الشِّقص من المشترى بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، لما روى فى حديث جابر : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « هُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ » رواه أبو إسحاق الجوْزَجانِىّ فى كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحقّ الشِّقص بالبيع ، فكان مستَحَقًّا له بالثمن ، كالمشترى .

فإن قيل : إن الشفيع استحقّ أخذه بغير رضَى مالكه ، فينبغى أن يأخذه بقيمته ، كالمضطرّ يأخذ طعام غيره ، قلنا : المضطرُّ استحَقّ أخذه بسبب حاجةٍ خاصّةٍ ، فكان المرجع فى بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقّه لأجل البيع ، ولهذا لو انتقل بهبةٍ ، أو ميراث لم يستحقّ الشفعة ، وإذا استحقّ ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعِوَض الثابت بالبيع .

إذا ثبت هذا : فإنّا ننظر فى الثمن ، فإن كان دنانير ، أو دراهم ، أعطاه الشفيع مثلَه ، وإن كان مما لا مثل له ، كالثياب ، والحيوان ، فإن الشفيع يستحقّ الشقص بقيمة الثمن ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أصحاب الرأى ، والشافعىّ ، وحُكى عن الحسن ، وسوّار : أن الشفعة لا تجب ههنا . لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له ، فتعذّر الأخذ ، فلم يجب ، كما لو جهل الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الثمن ، فجاز أن تثبت به الشفعة فى المبيع ، كالمثلىّ ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن المثل يكون من طريق الصورة ، ومن طريق القيمة ، كبدل المتلَف ، فأمّا إن كان الثمن من المثليّات غير الأثمان ، كالحبوب ، والأدهان ، فقال أصحابنا : يأخذه الشفيع بمثله . لأنه من ذوات الأمثال ، فهو كالأثمان ، وبه يقول أصحاب الرأى ، وأصحاب الشافعىّ . ولأن هذا مثلٌ من طريق الصورة ، والقيمة ، فكان أولى من المماثل فى إحداهما . ولأن الواجب بدل الثمن ، فكان مثله ، كبدل القرض ، والمتلَف .

٣٩٩٧ (فصل)

ويستحقّ الشفيع الشِّقص بالثمن الذى استقرّ عليه العقد ، فلو تبايعنا بقدر ، ثم غيّراه فى زمن الخيار بزيادة ، أو نقص ، ثبت ذلك التغيير فى حقّ الشفيع . لأن حقّ الشفيع إنما يثبُت إذا تمّ العقد ، وإنما يستحقّ بالثمن الذى هو ثابت ، حال استحقاقه ، ولأنّ زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه ، لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان فى حال العقد ، فأمّا إذا انقضى الخيار ، وانبرم العقدُ ، فزادا ، أو نقصا لم يلحق بالعقد . لأن الزيادة بعده هبة ، يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك فى حقّ الشفيع ، وبهذا قال الشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : يثبت النقص فى حقّ الشفيع ، دون الزيادة ، وإن كانا عنده يُلحقان بالعقد . لأن الزيادة تضرّ الشفيع ، فلم يملكها ، بخلاف النقص ، وقال مالك : إن بقى ما يكون ثمنًا أخذ به ، وإن حطّ الأكثر أخذه بجميع الثمن الأوّل .

ولنا : أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد ، فلم يثبت فى حقّ الشفيع ، كالزيادة . ولأن الشفيع استحقّ الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير ، فلم يؤثّر التغيير بعد ذلك فيه ، كالزيادة . وما ذكروه من العذر غيرُ صحيح . لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وإن أضرّ به ، كالزيادة فى مدّة الخيار ، ولأنه حطّ بعد لزوم العقد . فأشبه حطّ الجميع ، أو الأكثر عند مالك .

٣٩٩٨ (فصـــــل)

وإن كان الثمن مما تجب قيمته ، فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ، ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة ، والنقص ، وإن كان فيه خيار اعتُبرت القيمة حين انقضاء الخيار ، واستقرار العقد ، لأنه حين استحقاق الشفعة ، وبهذا قال الشافعيّ ، وحُكى عن مالك : أنّه يأخـذه بقيمته يوم المحاكمة ، وليس بصحيح . لان وقت الاستحقاق وقت العقد ، وما زاد بعد ذلك حصل فى ملك البائع ، فلا يقوّم المشترى ، وما نقص فمن مال البائع ، فلا ينقُص به حقّ المشترى .

٣٩٩٩ (فصـــــل)

وإذا كان الثمن مؤجّلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل ، إن كان مليئاً ، وإلا أقام ضمنياً مليئاً ، وأخذ، وبه قال مالك ، وعبد الملك ، وإسحاق ، وقال الثورىّ : لا يأخذها إلا بالنقد حالاً ، وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بثمنٍ حالّ ٍ أو ينتظر مضىّ الأجل ، ثم يأخذُ ، وعن الشافعىّ كمذهبنا ، ومذهب أبى حنيفـــة ، لأنه لا يمكنه الأخذ بالمؤجّل ، لأنه يُفضى إلى أن يلزم المشترى قبولُ ذمّة الشفيع ، والذّممُ لا تتماثلُ ،وإنما يأخذ بمثله ، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لئلاّ يلزمه أكثر ممّـا يلزم المشترى ، ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الأجل ، لأنه إنّما يأخذه بمثل الثمن ، أو القيمة ، والسلعةُ ليست واحدةً منها ، فلم يبق إلا التخيير .

ولنـا : أن الشفيع تابع المشترى فى قدر الثمن ، وصفته ، والتأجيلُ من صفاته ، ولأن فى الحلول زيادة على التأجيل ، فلم يلزم الشفيع ، كزيادة القدر ، وما ذكروه من اختلاف الذمم ، فإنّنا لا نوجبها ، حتى توجد المَلاءة فى الشفيع ، أو فى ضمينه ، بحيث يتحفَّظ المال ، فلا يضرّ اختلافهما فيما وراء ذلك ، كما لو اشترى الشقص بسِلْعة ، وجبت قيمتها ، ولا يضرّ اختلافهما ، ومتى أخذه الشفيع بالأجل ، فمات الشـفيع ، أو المشترى ، وقلنا يحلّ الدين بالموت حلّ الدين على الميِّت منهما دون صاحبه . لأنّ سبب حلوله الموت ،فاختصّ بمن وُجد فى حقّه .

٤٠٠٠ (فصـــــل)

وإذا باع شِقْصاً مشفوعاً ، ومعه ما لا شفعة فيه ، كالسيف ، والثوب فى عقد واحد ثبتت الشـفعة فى الشقْص بحصَّته من الثمن ، دون ما معه ، فيقوّم كلّ واحدٍ منها ، ويقَسمُ الثمن على قدر قيمتهما ، فما يخصُّ الشِّقْص يأخذه الشفيع ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة ، لئلاّ تتبعَّض صفقة المشترى ، وفى ذلك إضرار به . فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشـقص ، وقال مالك . تثبت الشـفعة فيها لذلك .

ولنـا : أن السيف لا شفعة فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فلم يُؤخذ بالشفعة ، كما لو أفرده ،

يلحق المشترىَ من الضرر فهو ألحقه بنفسه ، بجمعه فى العقد بين ما تثبت فيه الشفعة ، وما لا تثبت ، ولأن فى أخذ الـكلّ ضرراً بالمشترى أيضاً ، لأنه ربّما كان غرضه فى إبقاء السيف له ، ففى أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه .

٤٠٠١ (فصـــل)

وإذا باع شقصين من أرضين صـفقةً واحدةً ، لرجل واحد ، والشريكُ فى أحدهما غيرُ الشريك فى الآخر ، فلهما أن يأخذا ، ويقتسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهمـا دون الآخر جاز ، ويأخذ الشِّقص الذى فى شركته بحصّته من الثمن ، ويتخرّج أنه لا شفعة له ، كالمسألة التى قبلها ، وليس له أخذهما معاً ، لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فجرى مجرى الشِّقص ، والسيف .

وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما ، وتركهما ، لأنه شريك فيهما .

وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعىّ ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما ، لأنه أمكنه أخذ المبيع كلّه ، فلم يملك أخذ بعضه ، كما لو كان شـقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطّاب ، وبعض أصحاب الشافعىّ .

ولنـا : أنه يستحقّ كلّ واحد منهما بسببٍ غير الآخر ، فجرى مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب — إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته — أن يكون للآخر أخذُ الـكلّ ، والأمر بخلافه .

٤٠٠٢ (فصـــل)

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ، لأن فى أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشترى ، ولا يُزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً ، أو ضميناً ، لم يلزم المشترى قبوله ، لأن فى تأخير الثمن ضرراً ، فلم يلزم المشترى ذلك ، كما لو أراد تأخير ثمنٍ حالّ ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله ، لأنها معاوضة لم يُجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشـترى تسليم الشِّـقص حتّى يقبض الثمن ، فإذا كان موجوداً سلّمه ، وإن تعذّر فى الحال ، قال أحمد فى رواية حرب : يُنظَرُ الشفيع يوماً أو يومين ، بقـدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك .

وقال ابن شُبْرُمَةَ ، وأصحاب الشافعىّ : يُنظر ثلاثاً ، لأنها آخر حدّ القلة ، فإن أحضر الثمن ، وإلا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ، ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثمن ، لأن الشفيع يأخذ الشِّقص بغير اختيار المشترى ، فلا يستحقّ ذلك إلا بإحضار عوضه ، كتسليم المبيع .

ولنـا : أنّه تملّك للمبيع بعوض ، فلا يقف على إحضار العوض ، كالبيع ، وأما التسـليم فى البيع

فالتسليم فى الشفعة مثلهُ ، وكون الأخذ بغير اختيار المشترى يدلّ على قوته ، فلا يمنع من اعتباره فى الصحة ، فإذا أجّلناه مدّة ، فأحضر الثمن فيها ، وإلاَّ فسخ الحاكم الأخذ ، وردّه إلى المشترى ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ .

والأولى أن للمشترى الفسخ من غير حاكم ، لأنه فات شرطُ الأخذ ، ولأنّه تعذّر على البائع الوصول إلى الثمن ، فملك الفسخ ، كغير من أخِذَت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم ، فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم ، كفسخ غيرها من البيوع ، وكالردّ بالعيب ، ولأن وقف ذلك على الحاكم يُفضى إلى الضرر بالمشترى ، لأنه قد يتعذّر عليه إثبات مايدّعيه ، وقد يصعُب عليه حضور مجلس الحاكم ، لبعده ، أو غير ذلك ، فلا يُشرع فيها ما يُفضى الى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد إحضار الثمن ، لئلاّ يُفضىَ إلى هذا الضرر ، وإن أفلس الشفيع خيّر المشترى بين الفسخ ، وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع ، إذا أفلس المشترى .

٤٠٠٣ (فصـــــــل)

لا يحلّ الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ، قال أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد ، وقد سألتُه عن الحيلة فى إبطال الشفعة ، فقال : لا يجوز شيء من الحيل ، فى ذلك ، ولا فى إبطال حقّ مسلم . وبهذا قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، وابن أبى شيبة ، وأبو إسحاق الجوزجانىّ ، وقال عبد الله بن عمر : من يَخْدعِ اللهَ يَخْدَعْهُ ، وقال أيّوب السختيانىّ : إنهم ليخادعون الله ، كما يخادعون صبياً ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علىّ .

ومعنى الحيلة أن يظهروا فى البيع شيئاً لا يُؤخذ بالشُّفعة معه ، ويتواطئون فى الباطن على خلافه ، مثل : أن يشترى شِقْصاً يُساوى عشرةَ دنانير بألف درهم ، ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ، ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشترى البائع من المشترى عبداً قيمته مائةٌ بألف فى ذمّته ، ثم يبيعه الشّقص بالألف ، أو يشترى شِقصاً بألف ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشترى جزءاً من الشقص بمائة، ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشِّقص للمشترى ، ويهب المشترى له الثمن ، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار ، كحفنة قُرَاضَةٍ ، أو جوهرةٍ معيّنة ، أو سلعة مُعيّنة ، غير موصوفة أو بمائة درهم ، ولؤلؤة ، وأشباه هذا ، فهذا كلّه إذا وقع من غير تحيّل سقطت الشفعة ، وإن تحيّلا به على إسقاط الشفعة لم تسقط ، ويأخذ الشفيع الشِّقص فى الصورة الأولى بعشرة دنانير ، أو قيمتها من الدراهم ، وفى الثانية بمائة درهم ، أو قيمتها ذهباً ، وفى الثالثة بقيمة العبد المبيع ، وفى الرابعة بالباقى بعد الإبراء ، وهو المائة المقبوضة ، وفى الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشِّقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشِّقص كلّه بجميع الثمن ،

لأنه إنما وهبه بقيةَ الشِّقص عِوَضاً عن الثمن الذى اشترى به جزءاً من الشِّقص ، وفى السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفى سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن ، أو بقيمته إن لم يكن مثلها ، إذا كان الثمن موجوداً ، وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص ، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأى ، والشافعىّ : يجوز ذلك كلّه ، وتسقط به الشفعة ، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به ، فلم يجز ، كما لو لم يكن حيلةً .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَلَمْ يَأْمَنْ أَنْ يُسْبَقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وإن أَمِنَ أَنْ يُسْبَقَ فَهُوَ قِمَارٌ » رواه أبو داود ، وغيره ، فجعل إدخال الفرس المحلّل قماراً فى الموضع الذى يقصد به إباحة إخراج كلّ واحد من المتسابقين جُعْلاً مع عدم معنى المحلّل فيه ، وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سَبَقَيْهما ، وهذا يدلّ على إبطال كلّ حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرّم مع عدم المعنى فيها .

واستدلّ أصحابنا بما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تَرْتَكِبُوا ما ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ » وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ[1] ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وأَكَلُوا ثَمَنَهُ » متفق عليه . ولأن الله تعالى ذمّ المخادعين له بقوله (يُخَادِعُونَ اللهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ)[2] والحِيَلُ مُخَادَعة ، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا فى السبت قِرَدَةً بحيلتهم ، فإنه رُوى أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ، ويرسل الماء إليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فى الشباك ، والجباب ، فيدعونها إلى ليلة الأحد ، فيأخذونها ، ويقولون : ما اصطدنا يوم السبت شيئاً ، فمسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى : (فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ)[3] قيل : يعنى به أمة محمد صلى الله عليه وسلم . أى لتتّعظ بذلك أمّة محمد صلى الله عليه وسلم ، فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولأن الحيلة خديعةٌ . وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تَحِلّ الْخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ » ولأن الشفعة وُضِعَتْ لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيّل للحق الضرر ، فلم تسقط ، كما لو أسقطها المشترى بالبيع ، والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيّل ، لأنه لا خداع فيه ، ولا قُصِد به إبطال حقّ ، والأعمالُ بالنيّات ، فإن اختلفا هل وقع شىء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه أعلم بنيّته وحاله .

إذا ثبت هذا فإن الغرر فى الصورتين الأوليين على المشترى لشرائه ما يُساوى عشرة بمائة ، وما يساوى

(١) جملوه : أذابوه ، ثم باعوه وأكلوه حيلة على الله .

(٢) الآية ٩ من سورة البقرة . (٣) الآية ٦٦ من سورة البقرة .

مائة درهم بمائة دينار ، وأشهدَ على نفسه أنّ عليه ألفاً ، فربّما طالبه بذلك ، فلزمته فى ظاهر الحكم ، وفى الثالثة الغرر على البائع ، لأنه اشترى عبداً يساوى مائةً بألف ، وفى الرابعة على المشترى ، لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف ، وكذلك فى الخامسة ، لأنه اشترى بعض الشّقص بثمن جميعه ، وفى السادسة على البادئ منهما بالهبة ، لأنه قد لا يهب له الآخر شيئاً . فإن خالف أحدهما ما لو تواطآ عليه ، فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه فى ظاهر الحكم ، لأنّ عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحلّ لمن غرّ صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه ، لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطؤ ، فمع فواته لا يتحقّق الرِّضى به .

٤٠٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى ، إلاّ أن يكون للشفيع بيّنة ﴾

وجملته أن الشفيع ، والمشترى إذا اختلفا فى الثمن ، فقال المشترى : اشتريتُه بمائة ، فقال الشفيع بل بخمسين ، فالقول قول المشترى ، لأنه العاقدُ ، فهو أعرف بالثمن ، ولأن الشّقص ملكه ؛ فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بيّنة . وبهذا قال الشافعىّ : فإن قيل : فهلاّ قلتم : القولُ قول الشفيع ، لأنه غارم ، ومنكر للزيادة ، فهو كالغاصب ، والمتلف ، والضامن لنصيب شريكه ، إذا أعتق ؟ قلنا : الشفيع ليس بغارم ، لأنه لا شىء عليه ، وإنما يُريد أن يملك الشّقص بثمنه ، بخلاف الغاصب ، والمتلف ، والمعتق ، فأمّا إن كان للشفيع بيّنة حكم بها . وكذلك إن كان للمشترى بيّنة حكم بها ، واستغنى عن يمينه ، ويثبت ذلك بشاهد ، ويمين ، وشهادة رجل ، وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع ، لأنه إذا شهد للشفيع كان مُتّهماً ، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدَّرْك[1] عليه ، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة احتمل تعارضهما ، لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقدُ ، فيصيران كمن لا بيّنة لهما ، وذكر الشريف . أن البيّنة بيّنة الشفيع ، ويقتضيه مذهبُ الخِرَقىّ ، لأن بيّنة الخارج عنده مُقدّمة على بيّنة الداخل ، والشفيع هو الخارج ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقال صاحباه : البيّنة بيّنة المشترى ، لأنها تترجّح بقول المشترى ، فإنه مقدّم على قول الشفيع ، ويخالف الخارج ، والداخل ، لأن بيّنة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفى مسألتنا : البيّنة تشهد على نفس العقد ، كشهادة بيّنة الشفيع .

ولنا : أنهما بينتان تعارضتا ، فقدّمت بينة من لا يُقبل قوله عند عدمها ، كالداخل ، والخارج ، ويحتمل أن يُقرع بينهما ، لأنهما يتنازعان فى العقد ، ولا يد لهما عليه ، فصارا كالمتنازعين عيناً فى يد غيرهما .

(١) الدرك : بفتح الراء وسكونها التبعة . أى خوفاً من الرجوع عليه .

٤٠٠٥ (فصـــل)

وإن قال المشترى : لا أعلم مبلغ الثمن فالقولُ قوله ، لأنّ ما يدّعيه ممكن ، لجـواز أن يكون اشتراه جِزافاً ، أو بثمنٍ نسى مبلغه ، ويحلف ، فإذا حلف سقطت الشفعة ، لأنهـا لا تستحقّ بغير بذل ، ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدّعيه ، فإن ادّعى أنك فعلت ذلك تحيّلا على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفى ذلك .

٤٠٠٦ (فصـــل)

فإن اشترى شِقْصًا بِعَرْض ، واختلفا فى قيمته ، فإن كان موجوداً عرضاه على المقوّمين ، وإن تعـذّر إحضاره فالقول قول المشترى ، كما لو اختلفا فى قدر الثمن . وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادّعى جَهْل ثمنه .

وإن اختلفا فى الغراس ، والبناء فى الشّـقص ، فقال المشترى : أنا أحدثته ، وأنكر الشـفيع ، فالقولُ قول المشـترى ، لأنه ملـكه ، والشفيع يريد تملّـكه عليه ، فالقول قولُ المـالك .

٤٠٠٧ (فصـــل)

إذا ادّعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريتَ نصيبَك فلى أخذه بالشـفعة ، فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه ، فيحدّد المـكان الذى فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص ، والثمن ، ويدّعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سُئل المدّعى عليه ، فإن أقرّ لزمه ، وإن أنـكر وقال : إنّما اتهبته ، أو ورثته ، فلا شفُعة لك فيـه ، فالقولُ قولُ من ينفيه ، كما لو ادّعى عليه نصيبه من غير شفُعة ، فإن حلف برىء ، وإن نَـكَلَ قضى عليه ، وإن قال : لا تستحقّ علىّ شفعةً ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الإنـكار ، وإذا نـكَلَ وقُضِى عليـه بالشـفعة عرض عليه الثمن ، فإن أخـذه دُفع إليه ، وإن قال : لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها . يُقَرّ فى يد الشفيع إلى أن يدّعيَه المشترى ، فيُدفع إليه ، كما لو أقرّ له بدار فأنـكرها .

والثانى : أن يأخذه الحاكم ، فيحفظُه لصاحبه ، إلى أن يدّعيَه المشترى ، ومتى ادّعاه دفع إليه .

والثالث : يقال له : إمّا أن تقبضه ، وإمّا أن تبرىء منـه كسيّد المـكاتب إذا جاءه المـكاتب بمال المـكاتبة ، فادّعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهـذا مفارق للمكاتب ، لأنّ سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به ، فلا يلزمه ذلك بمجرّد دعوى سيّده ، تحريم ما أتاه به ، وهـذا لا يطلب الشفيع بشىء ، فلا ينبغى أن يكلّـف إبراءه ممـا لا يدّعيه ، والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى .

٤٠٠٨ (فصـــل)

وإن قال : اشتريته لفلان ، وكان حاضراً استدعاه الحاكم ، وسأله ، فان صدّقه كان الشراء له ، والشفعة عليه ، وإن قال : هذا ملكى ، ولم أشتره انتقلت الخصومة إليه ، وإن كذّبه حكم بالشراء لمن اشتراه ، وأخذ منه بالشّفعة ، وإن كان المقرّ له غائباً أخذه الحاكم ، ودفعه إلى الشفيع ، وكان الغائب على حجّته إذا قدم ، لأننا لو وقفنا الأمر فى الشفعة إلى حضور المقرّ له لكان فى ذلك إسقاط الشفعة ، لأن كلّ مشتر يدّعى أنه لغائب ، وإن قال : اشتريته لابنى الطفل ، أو لهذا الطفل ، وله عليه ولاية ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تثبتُ الشفعة ، لأنّ الملك ثبت للطفل ، ولا تجب الشفعة بإقرار الولىّ عليه ، لأنه إيجاب حقّ فى مال صغير ، بإقرار وليّه .

الثانى : تثبت ، لأنه يملك الشراء له ، فصحّ إقراره فيــه ، كما يصحّ إقراره بعيب فى مبيعه ، فأمّا إن ادّعى عليه شفعةً فى شِقْص ، فقال : هذا لفلان الغائب ، أو لفلان الطفل ، ثم أقرّ بشرائه له ، لم تثبت فيه الشفعة ، إلاّ أن تثبت ببيّنة ، أو يقدَم الغائب ، ويبلغ الطفل ، فيطالبهما بها ، لأن الملك يثُبت لهما بإقراره به ، فإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار فى ملك غيره ، فلا يُقبل بخلاف ما إذا أقرّ بالشراء ابتداء ، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة ، فثبتا جميعاً ، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيانه ، لأنه لو صرّح بالشراء لم تثبُت به شفعة ، فلا فائدة فى الكشف عنــه ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

٤٠٠٩ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين حاضر ، وغائب ، فادّعى الحاضر على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه يستحقّه بالشفعة ، فصدّقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأنّ من فى يده العين يصدّق فى تصرّفه فيما فى يديه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك وجهان . أحدهما : ليس له أخذه ، لأنّ هذا إقرار على غيره .

ولنا : أنه أقرّ بما فى يده ، فقُبل إقراره ، كما لو أقرّ بأصل ملكه ، وهكذا لو ادّعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه ، وأقرّ له الوكيل ، كان كإقرار البائع بالبيع : فإذا قدم الغائب ، فأنكر البيع ، أو الإذن فى البيع ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وينتزع الشقص ، ويطالب بأجره من شاء منهما ، ويستقرّ الضمان على الشفيع ، لأنّ المنافع تلفت تحت يده ، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد ، وإن ادّعى على الوكيل أنك اشتريت الشّقص الذى فى يدك ، فأنكر ، وقال : إنّما أنا وكيل فيه ، أو مستودَع له ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن كان للمدّعى بيّنة ، حكم بها ، وبهــذا قال أبو حنيفة ،

والشافعيّ مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب، لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشِّقص من يده، وحصل القضاء على الغائب ضِمْناً، فإن لم تكن بيّنة، وطالب الشفيع بيمينه، فنكل عنها، احتمل أن يُقضى عليه، فكذلك إذا نكل. واحتمل أن لا يُقضى عليه، لأنه قضاء على الغائب بغير بيِّنة، ولا إقرار من الشِّقص في يده.

٤٠١٠ (فصـــل)

وإذا ادّعى على رجل شفعة في شقص اشتراه، فقال: ليس له ملك في شركتي، فعلى الشفيع إقامة البيّنة أنه شريك، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، والشافعيّ، وقال أبو يوسف: إذا كان في يده استحقّ به الشفعة لذلك، لأنّ الظاهر من اليد الملك.

ولنا: أن الملك لا يثبُت بمجرّد اليد، وإذا لم يثبت الملك الذي يستحقّ به الشفعة لم تثبت، ومجرّد الظاهر لا يكفي، كما لو ادّعى ولدَ أمة في يده. فإن ادّعى أن المدّعى يعلم أنه شريك، فعلى المشتري اليمين: أنه لا يعلم ذلك، لأنّها يمين على نفي فعل الغير. فكان على العلم، كاليمين على نفي دين الميّت، فإذا حلف سقطت دعواه، وإن نكلَ قُضي عليه.

٤٠١١ (فصـــل)

إذا ادّعى على شريكه أنّك اشتريت نصيبك من عمرو، فلي شفعته، فصدّقه عمرو، فأنكر الشريك وقال: بل ورثته من أبي، فأقام المدّعى بيّنة أنّه كان ملك عمرو، لم تثبت الشفعة بذلك، وقال محمد: تثبُت ويقال له: إمّا أن تدفعه، وتأخذ الثمن، وإمّا أن تردّه إلى البائع، فيأخذه الشفيع منهما، لأنهما شهدا بالملك لعمرو، فكأنّهما شهدا بالبيع.

ولنا: أنهما لم يشهدا بالبيع، وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يُقبل، لأنه إقرار على غيره، فلا يقبل في حقّه، ولا تقبل شهادته عليه، وليست الشفعة من حقوق العقد، فيقبل فيها قولَ البائع، فصار بمنزلة مالو حلف أنّي ما اشتريت الدار، فقال من كانت الدار ملكاً له: أنا بعته إيّاها لم يُقبل عليه في الحنث، ولا يلزم إذا أقرّ البائع بالبيع والشّقص في يده، فأنكر المشتري الشراء، لأن الذي في يده الدار مقرّ بها للشفيع، ولا منازع له فيها سواه، وههنا مَن الدارُ في يده يدّعيها لنفسه، والمقرّ بالبيع لاشيء في يده، ولا يقدر على تسليم الشِّقص، فافترقا.

٤٠١٢ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين رجلين، فادّعى كلّ واحد منهما على صاحبه أنه يستحقّ ما في يديه بالشفعة سألناهما: متى ملكتماها؟ فإن قالا: ملكناها دفْعةً واحدةً فلا شفعة لأحدهما على الآخر، لأن الشفعة إنّما تثبت بملك

سابق فى ملك متجدّد بعده ، وإن قال كلّ واحد منهما : ملكى سابق ، ولأحدهما بيّنة بما ادّعاه قُضى له ، وإن كان لكلٍّ واحد منهما بيّنة قدّمنا أسبقهما تاريخاً ، وإن شهدت بيّنة كل واحد منهما بسبق ملكه ، وتجدّد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بيّنة نظرنا إلى السابق بالدعوى ، فقدّمنا دعواه ، وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ، ثم تسمع دعوى الثانى على الأول ، فإن أنكر ، وحلف سقطت دعواهما جميعاً ، وإن ادّعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ، ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحقّ ملكه ، وإن حلف الثانى ونَكَلَ الأول قضينا عليه .

٤٠١٣ (فصـــــل)

إذا اختلف المتبايعان فى الثمن فادّعى البائع أنّ الثمن ألفان ، وقال المشترى : هو ألف ، فأقام البائع بيّنةً أن الثمن ألفان أخذها من المشترى ، وللشفيع أخذه بالألف لأن المشترى مقرّ له باستحقاقه بألف ، ويدّعى أن البائع ظلمه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما ، لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبيّنة بطل قوله ، وثبت ما حكم به الحاكم .

ولنا : أن المشترى مقرّ بأن هذه البيّنة كاذبةٌ ، وأنه ظلمه بألف ، فلم يحكم له به ، وإنما حكم بها للبائع ، لأنه لا يكذّبها ، فإن قال المشترى : صدَقتِ البيّنة ، وكنت أنا كاذباً ، أو ناسياً ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل رجوعه ، لأنه رجوع عن إقرار تعيّن به حقّ آدمىّ غيره ، فأشبه مالو أقرّ له بدين .

والثانى : يُقبل قوله ، وقال القاضى : هو قياس المذهب عندى ، كما لو أخبر فى المرابحة بثمن ، ثم قال : غلطتُ ، والثمن أكثرُ قبل قوله مع يمينه ، بل ههنا أولى ، لأنه قد قامت البيّنة بكذبه ، وحكم الحاكم بخلاف قوله ، فقُبل رجوعه عن الكذب .

وإن لم تكن للبائع بيّنة ، فتحالفا ، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشترى ، لم يكن له ذلك ، لأن للبائع فسخ البيع ، وأخذه بما قال المشترى يمنع ذلك ، ولأنه يُفضى إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشترى ، ولا يملك ذلك ، فإن رضى المشترى بأخذه بما قال البائع جاز ، وملك الشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه المشترى ، لأن حقّ البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشترى فصدّق البائع وقال : الثمن ألفان ، وكنتُ غالطاً ، فهل للشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه ؟ ففيه وجهان ، كما لو قامت به بيّنة .

٤٠١٤ (فصــل)

وإن اشترى شِقصاً له شفيعان ، فادّعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع

الآخر ، قَبْل عفوه عن شفعته ، لم تقبل شهادته ، لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً ، وهو توفّر الشفعة عليه ، فإذا ردّت شهادته ، ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل ، لأنها ردّت للتهمة ، فلم تقبل بعد زوالها ، كشهادة الفاسق إذا ردّت ، ثم تاب ، وأعادها لم تُقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا ، قبلت شهادته لعدم التهمة ، ويحلف المشترى مع شهادته ، ولو لم تكن بيّنة ، فالقولُ قولُ المنكر ، مع يمينه ، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معاً ، لحلفا ثبتت الشفعة ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخرُ نظرنا فى الحالف فإن صدّق شريكه فى الشفعة فى أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين ، وكانت الشفعة بينهما لأن الحقّ له فإن الشفعة تتوفّر عليه ، إذا سقطت شفعة شريكه ، وإن ادّعى أنه عفا ، فنكل ، قضى له بالشفعة كلّها ، وسواء ورثا الشفعة ، أو كانا شريكين .

وإن شهد أجنبىّ بعفو أحد الشفيعين ، واحتيج إلى يمين معه قَبْل عفو الآخر حلف ، وأخذ الكلّ بالشفعة ، وإن كان بعده حلف المشترى . وسقطت الشفعة . وإن كانوا ثلاثةَ شفعاء . فشهد اثنان منهم، على الثالث بالعفو بعد عفوهما قُبلت ، وإن شهدا قبله ردّت ، وإن شهدا بعد عفو أحدهما ، وقبل عفو الآخر ردّت شهادة غير العافى ، وقبلت شهادة العافى ، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله ففيه وجهان :

أحدهما : تُقبل لأنهما سواء عنده .

والثانى : لا تقبل ، لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهُل استيفاء الثمن ، لأن المشترى يأخذه من الشفيع ، فيسهُل عليه ، وفاؤه ، أو يتعذّر على المشترى الوفاء ، لفلسه ، فيستحقّ استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتَبه بعفو شفعة ، أو شهد بشراء شىء لمكاتبه فيه شفعة ، لم تقبل ، لأن المكاتب عبده ، فلا تُقبل شهادته له ، كمدبّره . ولأنّ ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيّد ، لأنه إن عجز صار له ، وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء له ، وإن شهد على مكاتبه بشىء من ذلك قبلت شهادته ، لأنه غير متّهم ، فأشبه الشهادة على ولده .

٤١١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما ﴾ .

الصحيح فى المذهب أن الشّقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قُسّم بينهم ، على قدر أملاكهم ، اختاره أبو بكر ، ورُوى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وبه قال مالك ، وسوّار ، والعنبرى ،

وإسحاق ، وأبو عبيد ، وهو أحد قولَيِ الشافعيّ ، وعن أحمد رواية ثانية : أنّه يقسّم بينهم على عدد رءوسهم ، اختارها ابن عقيل ، ورُوِى ذلك عن النَخعِيّ ، والشعبيّ ، وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شُبْرُمةَ ، والثوريّ ، وأصحاب الرأى ، لأن كلّ واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع ، فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث ، وكالمعتقين في سراية العتق .

ولنا : أنه حقّ يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك ، كالغلّة ، ودليلهم ينتقض بالابن ، والأب ، أو الجدّ ، وبالجدّ مع الأخوة ، وبالفرسان مع الرجّالة في الغنيمة ، وبأصحاب الديون ، والوصايا ، إذا نقص ماله عن دين أحدها ، أو الثلث عن وصّية أحدهم ، وفارق الأعيان . لأنه إتلاف ، والاتلاف يستوى فيه القليل ، والكثير ، كالنجاسة تُلْقىَ في مائع ، وأما البنون فإنّهم تساووا في النسبب ، وهو البنوّة ، فتساووا في الإرث بها ، فنظيره في مسألتنا تساوى الشّفعاء في سهامهم ، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلّهم ، فنأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت عدّتها قسّمت السهم المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدّة ، كما يفعل في مسائل الردّ سواء ، فني هذه المسألة التى ذكر الخِرَقيّ مخرج سهام الشركاء ستّة ، فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فالشفعة بينهم على ثلاثة ، ويصير العقار بينهم أثلاثاً ، لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحبُ الثلث كانت بين الآخرين أرباعاً : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللآخر ربعه ، وإن باع صاحبُ السُّـــدُس كانت بين الآخرين أخماساً : لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه .

وعلى الرواية الأخرى يُقسَمُ الشِّقص المشفوع بين الآخرين نصفين ، على كلّ حالٍ ، فإن باع صاحبُ النصف قسِّم النصف بين شريكيه ، لكلّ واحد الربع ، فيصير لصاحب الثلث ثلث ، وربع ، وللآخر ربع ، وسدُس .

وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان ، وللآخر الثلث .

وإن باع صاحب السدس ، فلصاحب الثلث نصف ، وربع ، ولصاحب الثلث ربع ، وسدس ، والله أعلم .

٤٠١٦ (فصـــــــل)

ولو ورث أخوان داراً ، أو اشترياها بينهما نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وعمّه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزنىّ ، والشافعيّ فى

الجديد ، وقال فى القديم : إنّ أخاه أحقّ بالشفعة ، وبه قال مالك ، لأن أخاه أخصّ بشركته من العمّ ، لاشتراكهما فى سبب الملك .

ولنا : أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه ، بسبب شركته ، وهذا يوجد فى حقّ الكلّ ، وما ذكروه لا أصل له ، ولم يثبت اعتبار الشرع له فى موضع ، والاعتبار بالشركة لا بسببها ، وهل تقسم بين العمّ ، وابن أخيه نصفين ، أو على قدر ملكيهما ؟ على روايتين ، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ، ثم اشترى ابناه نصفَها الآخر ، أو ورثاه ، أو اتّهباه ، أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورث ثلاثةٌ داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ، ثم باع أحد المشتريَيْن نصيبه ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، وكذلك لو مات رجل وخلّف ابنتين ، وأختين ، فباعت إحدى الأختين نصيبها ، أو إحدى الابنتين ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل ، وخلّف ثلاثة بنين وأرضاً ، فمات أحدهم عن ابنين ، فباع أحد العمين نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وابنى أخيه ، ولو خلّف ابنين ، وأوصى بثلثه لاثنين ، فباع أحد الوصيّين ، أو أحد الابنين ، فالشفعة بين شركائه كلّهم ، ولمخالفينا فى هذه المسائل اختلافٌ يطول ذكره .

٤٠١٧ (فصـــل)

وإن كان المشترى شريكاً ، فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وحكى عن الحسن ، والشعبىّ ، والبتىّ : لاشفعة للآخر ، لأنّها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدّمة ، فلاضرر فى شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء : أن الشفعة كلّها لغير المشترى ولا شىء للمشترى فيها ، لأنها تستحقّ عليه ، فلا يستحقّها على نفسه .

ولنا : أنهما تساويا فى الشركة ، فتساويا فى الشفعة ، كما لو اشترى أجنبىّ ، بل المشترى أولى ، لأنه قد ملك الشِّقص المشفوع ، وما ذكرناه للقول الأول لا يصحّ ، لأن الضرر يحصُل بشراء هذا السهم المشفوع ، من غير نظر إلى المشترى ، وقد حصل شراؤه ، والثانى لا يصحّ أيضاً ، لأننا نقول : إنه يأخذ من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقّه بالشفعة ، فيبقى على ملكه ، ثمّ لا يمنع أن يستحقّ الإنسان على نفسه ، لأجل تعلّق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيّده ثبت للسيّد على عبده أرش الجناية ، لأجل تعلّق حق المرتهن به ، ولو لم يكن رهناً ما تعلّق به . إذا ثبت هذا : فإنّ لشريك المشترى أخذ قدر نصيبه ، لا غير ، أو العفو ، وإن قال له المشترى : قد أسقطتُ شفعتى ، فخذ

الـكلّ ، أو اترك ، لم يلزمه ذلك ، ولم يصحّ إسقاط المشترى ، لأن ملـكه استقرّ على قدر حقّه ، فجرى مجرى الشفيعين ، إذا أخذ بالشفعة ، ثم عفا أحدهما عن حقّه .

وكذلك إذا حضر أحد الشفعين ، فأخذ جميع الشِّقص بالشفعة ، ثم حضر الآخر ، فله أخذ النصف من ذلك ، فإن قال الأول : خذ الـكلّ ، فإنىّ قد أسقطتُ شفعتى لم يكن له ذلك ، فإن قيل : هذا تبعيض للصفقة على المشترى ، قلنا : هذا التبعيض اقتضاه دخوله فى العقد ، فصار كالرضى منه به ، كما قلنا فى الشفيع الحاضر ، إذا أخذ جميع الشقص ، وكما لو اشترى شِقصاً وسيفاً .

٤٠١٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الـكلّ ، أو يترك ﴾

وجملته : أنه إذا كان الشقص بين شفعاء ، فترك بعضهم ، فليس للباقين إلا أخذُ الجميع ، أو ترك الجميع ، وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ وأصحاب الرأى ، ولأنّ فى أخذ البعض إضراراً بالمشترى بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يُزال بالضرر ، لأن الشفعة إنما تثبُت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشريك الداخل ، خوفا من سوء المشاركة ، ومؤنة القسمة ، فإذا أخذ بعض الشِّقص لم يندفع عنه الضرر ، فلم يتحقّق المعنى المجوّز لمخالفة الأصل ، فلا تثبُت .

ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع ، لذلك فإن فعل سقطت شفعته ، لأنها لا تتبعّض ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها ، كالقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أوغيره لم يصحّ . لأن ذلك عفو ، وليس بهبة ، فلم يصحّ لغير من هو عليه ، كالعفو عن القِصاص .

٤٠١٩ (فصـــل)

فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة ، لموضع العذر ، فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الـكلّ ، أو يترك لأنّا لا نعلم اليوم مطالباً سواه ، ولأن فى أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشترى ، فلم يجُز ذلك ، كما لو لم يكن معه غيره ، ولا يمكن تأخير حقّه إلى أن يقدَم شركاؤه ، لأن فى التأخير اضراراً بالمشترى ، فإذا أخذ الجميع ، ثم حضر آخر ، قاسمه إن شاء ، أو عفا ، فيبقى للأول ، لأن المطالبة إنّما وُجدت منهما ، فان قاسمه ، ثم حضر الثالث ، قاسمهما إن أحبّ ، أو عفا ، فيبقى للأولين ، فإن نَمى الشِّقص فى يد الأول نماءً منفصلا ، لم يشاركه فيه واحد منهما ، لأنه انفصل فى يد المشترى ، قبل الأخذ بالشفعة .

وكذلك إذا أخذ الثانى ، فنمى فى يده نماءً منفصلا ، لم يشاركه الثالث فيه .

وإن خرج الشقص مستَحقًّا : فالعهدة على المشترى ، يرجع الثلاثة عليه ، ولا يرجع أحدهم على الآخر ، فإن الأخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري فى الدفع إليهما ، والنائب عنهما فى دفع الثمن إليه ، لأن الشفعة مستَحقّة عليه لهم ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ ، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه ، أو قال : آخذ ، قدر حقيّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطل حقّه . لأنه قدر على أخذ الـكلّ ، وتركه ، فأشبه المنفرد .

والثانى : لا يبطل ، لأنه تركه لعذر ، وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يُسقط الشفعة ، بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيراً ، فترك لذلك ، ثم بان بخلافه ، فان ترك الأول شفعته توفّرت الشفعة على صاحبيه ، فاذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع ، على ما ذكرنا فى الأول ، فان أخذ الأول بها ، ثم ردّ ما أخذه بعيب ، فـكذلك ، وبهذا قال الشافعيّ ، وحُـكى عن محمد بن الحسن : أنّها لا تتوفر عليهما ، وليس لها أخذ نصيب الأول ، لأنه لم يعفُ ، وإنما ردّ نصيبه لأجل العيب ، فأشبه ما لو رجع إلى المشترى ببيعٍ أو هبةٍ .

ولنا : أن الشفيع فسخ ملـكه ، ورجع إلى المشترى بالسبب الأول فـكان لشريكه أخذه ، كما لو عفا . ويفارق عوده بسببٍ آخر ، لأنه عاد غير الملك الأول الذى تعلّقت به الشفعة .

٤٠٢٠ (فصـــــــل)

وإذا حضر الثانى بعد أخذ الأول ، فأخذ نصف الشقص منه ، واقتسما ، ثم قدم الثالث، فطالب بالشفعة، وأخذ بها بطلت القسمة ، لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك فى حال القسمة ، لثبوت حقّه ، ولهذا لو باع المشترى ، ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع .

فإن قيل : فـكيف تصحّ القسمة ، وشريكهما الثالث غائب ؟ قلنا : يحتمل أن يكون وكّل فى القسمة قبل البيع ، أوقبل علمه ، أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم ، وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما ، وبقى الغائب على شفعته .

فان قيل : فـكيف تصحّ مقاسمتهما للشقّص ، وحقّ الثالث ثابت فيه ، قلنا : ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرّف ، بدليل أنه يصحّ بيعه ، وهبته ، وغيرهما ، ويملك الشفيع إبطاله ، كذا ههنا . إذا ثبت هذا : فإن الثالث إذا قدم ، فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث مافى يده ، لأنه قدر ما يستحقّه ، ثم إن قضى له القاضى على الغائب أخذ ثلث مافى يده أيضاً ، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم ، لأنه موضع عذر .

٤٠٢١ (فصـــــل)

إذا أخذ الأول الشّقص كله بالشفعة ، فقدم الثانى ، فقال : لا آخذ منك نصفه ، بل أقتصرُ على قدر نصيبى ، وهو الثلث ، فله ذلك ، لأنه اقتصر على بعض حقّه ، وليس فيه تبعيض الصفقة على المشترى ، فجاز كترك الكلّ ، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث مافى يده فيضيفه إلى مافى يد الأول ، ويقتسمانه نصفين ، فتصحّ قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما ، لأن الثالث أخذ حقّه من الثانى ، ثلثَ الثلث ، ومخرجه تسعةٌ ، فضمّه إلى الثلثين ، وهى ستّة صارت سبعةً ، ثم قسّما السبعة نصفين ، لا تنقسم ، فاضرب اثنين فى تسعة تكن ثمانيةَ عشر ، للثانى أربعة أسهم ، ولكلّ واحد من شريكيه سبعةٌ .

وإنما كان كذلك لأن الثانىَ ترك سُدُساً كان له أخذه ، وحقّه منه ثلثاه ، وهو القسم ، فتوفّر ذلك على شريكه فى الشفعة ، فللأول والثالث أن يقولا : نحن سواء فى الاستحقاق ، ولم يترك واحد منّا شيئاً من حقّه ، فنجمع ماممنا ، فنقسمه ، فيكون على ماذكرنا .

وإن قال الثانى : أنا آخذ الربع ، فله ذلك ، لما ذكرنا فى التى قبلها ، فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس ، وهو ثلث مافى يده ، فضمّه إلى ثلاثة الأرباع ، وهى تسعة ، يصير الجميع عشرةً ، فيقتسمانها : لكلّ واحد منهما خمسة ، وللثانى سهمان ، وتصحّ من اثنى عشر .

٤٠٢٢ (فصـــــل)

إذا اشترى رجل من رجلين شِقصاً ، فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، لئلاّ تتبعّض صفقة المشترى .

ولنا : أن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، لأنه مشترٍ من كلّ واحد منهما ملكه ، بثمن مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بعقد ، وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد ، فللشفيع أخذ نصيب أحد المشترِيين ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه ، وقال فى الأخرى : يجوز له ذلك بعد القبض ، ولا يجوز قبله ، لأنه قبل القبض تتبعّض صفقة البائع .

ولنا : أنهما مشتريان ، فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما ، كما بعد القبض ، وما ذكروه لا نسلّمه ، على أن المشترىَ الآخرَ يأخذُ نصيبه ، فلا يكون تبعيضاً ، فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود ، وللشفيع أخذ الكلّ ، أو ما شاء منهما .

٤٠٢٣ (فصــل)

فإذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدةً ، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ، لأن عقد كلّ منهما منفرد ؛ فلا يتوقّف الأخذ به على الأخذ بما فى العقد

الآخر ، كما لو كانت متفرّقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته فى الشفعة ، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ، ولا يستحقّ الشفعة إلا بملك سابق ، فأمّا إن باع نصيبه اثلاثة فى ثلاثة عقود متفرّقة ، ثم علم الشفيع ، فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة ، وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته فى شفعته ، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثانى وحده لم يملك الثالث مشاركته ، لذلك ، ويشاركه الأول فى شفعته ، لأن ملكه سابق لشراء الثانى ، فهو شريكٌ حال شرائه .

ويحتمل أن لا يشاركه ، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحقّ أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً فى استحقاقها .

وإن أخذ من الثالث ، وعفا عن الأولين ، ففى مشاركتهما له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يشاركه أحد منهم ، لأنّ أملاكهم قد استحقّها بالشفعة ، فلا يستحقّ عليه بها شفعة .

والثانى : يشاركه الثانى فى شفعة الثالث ، وهذا قول أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . لأنه كان مالكاً ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولذلك استحقّ مشاركته إذا عفا عن شفعته ، فكذلك إذا لم يعفُ ، لأنه إنما استحقّ الشفعة بالملك الذى صار به شريكاً ، لا بالعفو عنه .

ولذلك قلنا فى الشفيع : إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشترى الأول ، وللمشترى الأول أخذ نصيب المشترى الثانى .

وعلى هذا : يشاركه الأول فى شفعة الثانى ، والثالثِ جميعاً ، فعلى هذا : إذا كانت دار بين اثنين نصفين ، فباع أحدهما نصيبه اثلاثة فى ثلاثة عقود ، فى كلّ عقد سدساً ، فللشفيع السدسُ الأول ، وثلاثة أرباع الثانى ، وثلاثة أخماس الثالث ، وللمشترى الأول ربع السدس الثانى ، وخمس الثالث ، وللمشترى الثانى خمس الثالث ، فتصحّ المسألة من مائة وعشرين سهماً ، للشفيع الأول مائة ، وسبعة أسهم ، وللثانى تسعة ، وللثالث أربعة ، وإن قلنا : إن الشفعة على عدد الرءوس ، فللمشترى الأول نصف السدس الثانى ، وثلث الثالث ، وللثانى ثلث الثالث ، وهو نصف التسع ، فتصحّ من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون وللثانى خمسة ، وللثالث سهمان .

٤٠٢٤ (فصـــل)

دار بين أربعة أرباعاً باع ثلاثة منهم فى عقود متفرّقة ، ولم يَعلم شريكهم ، ولا بعضهم ببعض ، فللذى

لم يبع الشفعةُ فى الجميع ، وهل يستحقّ البائع الثانى والثالث الشفعة فيما باعه البائع الأول ، والثانى ؟ على وجهين .

وكذلك هل يستحقّ الثالث الشفعة فيما باعه الأول ، والثانى ؟ على وجهين ، وهل يستحقّ مشترى الربع الأول الشفعة فيما باعه الثانى والثالث ؟ أو هل يستحقّ الثانى شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها : يستحقّان . لأنهما مالكان حال البيع .

والثانى : لا حقّ لهما ، لأن ملكهما متزلزل يُستحقّ أخذه بالشفعة ، فلا تثبت به .

والثالث : إن عفا عنهما أخذا ، وإلا فلا ، فإذا قلنا : يشترك الجميع ، فللذى لم يبع ثلث كلّ ربع لأن له شريكين ، فصار له الربع مضموماً إلى ملكه ، فكمل له النصف ، وللبائع والمشترى الأول الثلث ، لكلّ واحد منهما السدسُ ، لأنه شريك فى شفعة بيعٍ واحد ، وتصحّ من اثنى عشر .

٤٠٢٥ (فصـــــــل)

وإن باع الشريك نصف الشِّقص لرجل ، ثم باعه بقيّته فى صفقة أخرى ، ثم علم الشفيع ، فله أخذ المبيع الأول ، والثانى ، وله أخذ أحدهما دون الثانى ، لأن لكلّ عقد حكم نفسه ، فإن أخذ الأول لم يشاركه فى شفعته أحد ، وإن أخذ الثانى فهل يشاركه المشترى فى شفعته بنصيبه الأول ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يشاركه فيها ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . لأنه شريك وقتَ البيع الثانى ، بملكه الذى اشتراه أولاً .

والثانى : لا يشاركه . لأن ملكه على الأول لم يستقرّ ، لكون الشفيع يملك أخذه .

والثالث : إن عفا الشفيع عن الأول شاركه فى الثانى ، وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه ، وهذا مذهب الشافعىّ . لأنه إذا عفا عنه استقرّ ملكه ، فشارك به ، بخلاف ما إذا أخذ ، فإن قلنا : يُشارك فى الشفعة فنى قدر ما يستحقّ وجهان .

أحدها : ثلثه .

والثانى : نصفه ، بناء على الروايتين فى قسمة الشفعة على قدر الأملاك ، أو عدد الرءوس ، فاذا قلنا : يشاركه ، فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار ، فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ثلاثة أثمانه ، وباقيه لشريكه .

وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدُسه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ثمنه ، والباقى لشريكه . وإن باعه الشريك الشِّقص فى ثلاث صفقات متساوية ، فحكمه حكم مالو باعه لثلاثةِ أنفس ، على ماشرحناه ، ويستحقّ مايستحقّون ، وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة ، والله أعلم .

٤٠٢٦ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكّل أحدهم شريكه فى بيع نصيبه ، مع نصيبه ، فباعهما لرجل واحد ، فلشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأن المالك اثنان ، فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما ، كما لو توليّا العقد .

والثانى : ليس له ذلك . لأن الصفقة واحدة ، وفى أخذ أحـــدهما تبعيض الصفقة على المشترى ، فلم يجز ، كما لو كانا لرجلٍ واحد .

وإن وكّل رجل رجلاً فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء ، فاشترى الشِّقْص كلّه لنفسه ولموكّله ، فلشريكه أخذ نصيب أحدهما ، لأنهما مشتريان ، فأشبه مالو وَليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها أنّ أخذ أحد النصيبين لا يُفضى إلى تبعيض صفقة المشترى ، ولأنه قد يَرضى شركة أحد المشترِيَيْن دون الآخر ، بخلاف التى قبلها ، فإنَّ المشترىَ واحد .

٤٠٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿وعهدة الشفيع على المشترى ، وعهدة المشترى على البائع ﴾

يعنى : أن الشفيع إذا أخذ الشقص ، فظهر مستَحقّاً ، فرجوعه بالثمن على المشترى ، ويرجع المشترى على البائع ، وإن وجده معيباً ، فله ردّه على المشترى ، أو أخذ أرشه منه ، والمشترى يردّ على البائع ؛ أو يأخذ الأرش منه ، سواء قبض الشِّقْص من المشترى أو من البائع ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال ابن أبى ليلى ، وعثمان البتىّ : عهدة الشفيـع على البائع ، لأن الحقّ ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه ، كالمشترى .

وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشترى فالعهدة عليه، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه ، لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذّر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى ، فكان الشفيع آخذا من البائع ، مالكاً من جهته ؛ فكانت عهدته عليه .

ولنا أن الشفعة مستَحقّة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشترى ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن ، فكانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه ببيع ، ولأنه ملكه من جهة المشترى بالثمن . فملك ردّه عليه بالعيب ، كالمشترى فى البيع الأوّل ، وقياسه على المشترى فى جعل عُهدته على البائع لا يصحّ . لأنّ المشترىَ ملكه من البائع ، بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائبٌ عن المشترى فى التسليم المستَحقّ عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعة ، لأنها استحقّت به .

٤٠٢٨ (فصـــل)

وحكم الشفيع فى الردّ بالعيب حكم المشترى من المشترى ، وإن علم المشترى بالعيب ، ولم يعلم الشفيع ، فللشفيع ردّه على المشترى ، أو أخذ أرشه منه ، وليس للمشترى شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش ، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الذى استقرّ عليه العقد ، فإذا أخذ الأرش ، فما أخذه بالثمن الذى استقرّ على المشترى ، وإن علم الشفيع دون المشترى ، ، فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرش ، لأن الشفيع أخذه عالما بعيبه ، فلم يثبت له ردّ ، ولا أرش ، كالمشترى إذا علم العيب ، والمشترى قد استغنى عن الردّ ، لزوال ملكه عن المبيع ، وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الأرش ، لأنه استدرك ظُلامَته ، ورجع إليه جميع ثمنه ، فأشبه مالو ردّه على البائع .

ويحتمل أن يملك أخذ الأرش ، لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قَفِيزين ، فتلف أحدهما ، وأخذ الآخر ، فعلى هذا : ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، فأشبه مالو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه .

وإن علما جميعا فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرش ، لأن كلّ واحد منهما دخل على بصيرة ، ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وإن لم يعلما ، فللشفيع ردّه على المشترى ، وللمشترى ردّه على البائع ، فإن لم يردّه الشفيع فلا يردّ المشترى لما ذكرنا أولاً

وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى ، فللمشترى أخذه من البائع ، وإن لم يأخذ منه شيئاً ، فلا شيء للمشترى .

ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذى ذكرناه ، فإذا أخذه ، فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى ، سقط عنه من الثمن بقدره ، لأنه الثمن الذى استقرّ عليه البيع ، وسكوته لا يُسقط حقّه ، وإن أسقطه عن المشترى توفّر عليه ، كما لو زاده على الثمن باختياره ، فأما إن اشتراه بالبراءة من كلّ عيب ، فالصحيحُ من المذهب أن لا يبرأ ، فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفيه رواية أخرى : أنه يبرأ إلاّ أن يكون البائع علم بالعيب ، فدلّسه ، واشترط البراءة ، فعلى هذه الرواية : إن علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشترى ، لأنه دخل على شرائه ، فصار كمشترٍ ثانٍ اشترط البراءة ، وإن لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشترى دون الشفيع .

٤٠٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد : الموت يَبطُل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحدّ إذا مات المقذوف ، والخيار ، إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الأشياء إنّما هى بالطلب ، فإذا لم يطلب ، فليس تجب ، إلا أن يُشهد أنى على حقّى من كذا ، وكذا ، وأنّى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلبُ به .

ورُوى سقوطه بالموت عن الحسن ، وابن سيرين ، والشعبىّ ، والنخَعىّ ، وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك ، والشافعىّ والعنبرىّ يورَث ، قال أبو الخطّاب : ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، لأنه خيارٌ ثابت لدفع الضرر عن المال ، فيُورث ، كخيار الردّ بالعيب .

ولنا أنه حقّ فسخ ثبت ، لا لفوات جزء ، فلم يورث ، كالرجوع فى الهبة ، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك ، أشبه خيار القبول ، فأما خيار الردّ بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع .

الحال الثانى : إذا طالب بالشفعة ، ثم مات . فإنّ حقّ الشفعة ينتقل إلى الورثة ، قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطّاب .

وقد ذكرنا نصّ أحمد عليه . لأنّ الحق يتقرّر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقُط : وقال القاضى : يصير الشقّص مِلكاً للشفيع بنفس المطالبة .

وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا ، فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصحّ العفوُ عن الشفعة بعد طلبها ، كما لا يصحّ العفو عنها بعد الأخذ بها .

فإذا ثبت هذا : فإنّ الحقّ ينتقلُ إلى جميع الورثة ، على حسب مواريثهم ، فينتقل إلى جميعهم ، كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا : الشفعةُ على قدر الأملاك ، أو على عدد الرءوس ، لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فان ترك بعض الورثة حقّه توافر الحقّ على سائر الورثة ، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكلّ ، أو يتركوا ، كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته ، لأنّا لو جوّزنا أخذ بعض الشقّص المبيع تبعّضت الصفقة على المشترى ، وهذا ضرر فى حقه .

٤٠٣٠ (فصــــــل)

وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ، ثم مات لم تبطل ، وكان للورثة المطالبة بها ، نصّ عليه أحمد ، لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه ، فلم تسقط الشفعة بالموت بعــد ، كنفس الطلب .

٤٠٣١ (فصـــــل)

وإذا بيع شقص له شفيعان ، فعفا أحدهما عنها ، وطالب الآخر بها ، ثم مات الطالب ، فورثه العافى ، فله أخذ الشـّقص بها ، لأنه وارث الشفيع مطالب بالشفعة ، فملك الأخذ بها ، كالأجنبىّ ، وكذلك لو قذف رجل أمّهما وهى ميّتة ، فعفا أحدهما، فطالب الآخر، ثم مات الطالب ، فورثه العافى،ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميّت ، إذا قلنا : بوجوب الحدّ بقذفها .

٤٠٣٢ (فصـــــل)

ولو مات مفلس، وله شقص ، فباع شريكه، كان لورثته الشفعة، وهذا مذهب الشافعىّ. وقال أبو حنيفة: لا شفعة لهم . لأن الحقّ انتقل إلى الغرماء .

ولنا : أنه بيع فى شركة ما خلّفه موروثهم من شقص ، فكان لهم المطالبة بشفعته ، كغير المفلس، ولا نسلّم أن التركة انتقلت إلى الغرماء ، بل هى للورثة ، بدليل أنها لو نمّت ، أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم ، وإنّما تعلّق حقّهم به ، فلم يمنع ذلك من الشفعة ، كما لو كان لرجل شقص مرهون ، فباع شريكه ، فإنّه يستحقّ الشفعة به ، ولو كان الميّت دار فبيع بعضها فى قضاء دينه ، لم يكن للورثة شفعة . لأن البيع يقع لهم ، فلا يستحقّون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث ، فبيع نصيب الموروث فى دينه ، فلا شفعة أيضاً ، لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث ، فإذا بيع فقد بيع ملكه،فلا يستحقّ الشفعة على نفسه .

٤٠٣٣ (فصـــــل)

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ، ووصّى به ، ثم مات ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأن حقّه أسبق من حقّ الموصى له ، فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة ، وبطلت الوصيّة ، لأن الموصى به ذهب ، فبطلت الوصيّة ، كما لو تلف ، ولا يستحقّ الموصى له بدله ، لأنه لم يوص له إلا بالشـقص ، وقد فات بأخذه .

ولو وصى رجل لإنسان بشقص ، ثم مات ، فبيع فى تركته شقص قبل قبول الموصى له ، فالشفعة للورثة فى الصحيح ، لأن الموصَى به لا يصير للوصىّ إلا بعد القبول ، ولم يوجد ، فيكون باقياً على ملك الورثة .

ويحتمل أن يكون للوصىّ إذا قلنا : إن الملك ينتقل إليه بمجرّد الموت ، فإذا قبل الوصيّة استحقّ المطالبة ، لأننا تبيّنا أن الملك كان له ، فكان المبيع فى شركته ، ولا يستحقّ المطالبة قبل القبول، لأنّا لا نعلم أن الملك له قبل القبول ، وإنما يتبيّن ذلك بقبوله ، فإن قبل تبيّنا أنه كان له ، وإن ردّ تبيّنا أنه كان للورثة، ولا تستحقّ الورثة المطالبة أيضاً لذلك .

ويحتمل أن لهم المطالبة . لأن الأصل عدم القبول ، وبقاء الحقّ لهم ، ويفارق الموصَى له من وجهين :

أحدهما : أن الأصل عدم القبول منه .

الثاني : أنه يمكنه أن يقبل ، ثم يطالب ، بخلاف الوارث ، فإنّه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له ، أو لغيره . فإذا طالبوا ، ثم قَبِــل الوصىّ الوصيّة كانت الشفعة له ، ويفتقر إلى الطلب منه . لأن الطلب الأول يتبيَّن أنه من غير المستحقّ ، وإن قلنا : بالرواية الأولى : فطالب الورثة بالشفعة ، فلهم الأخذ بها ، وإن قبل الوصىّ أخذ الشِّقص الموَصى به دون الشـِّقص المشفوع . لأن الشقص الموَصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته . فأشبه ما لو أخذ بها الموصى فى حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصَى به ، فلا شفعة للموَصى له . لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به ، وحصول شركته ، وفى ثبوتها للورثة وجهان ، بناءً على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه .

٤٠٣٤ (فصــــل)

ولو اشترى رجل شقصاً ، ثم ارتدّ ، فقتل ، أو مات ، فللشفيع أخذه بالشـفعة ، لأنها وجبت بالشراء ، وانتقاله إلى المسلمين بقتله ، أو موته ، لا يمنع الشـفعة ، كما لو مات على الإسلام ، فورثته ، ورثَتُهُ ، أو صار ماله لبيت المال . لعدم ورثته ، والمطالب بالشـفعة وكيلُ بيت المال .

٤٠٣٥ (فصــــل)

وإذا اشترى المرتدّ شِقصاً ، فتصرُّفه موقوف ، فإن قُتل على ردّته ، أو مات عليها تبيّنا أن شراءه باطل ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيّنا صحَّته . وثبوتَ الشـفعة فيه ، وقال أبو بكر : تصرّفه غيرُ صحيح فى الحالين ، لأن ملـكه يزول بردّته ، فإذا أسلم عاد إليه تمليـكاً مستأنفاً .

وقال الشـافعىّ ، وأبو يوسف : تصرّفه صحيح فى الحالين ، وتجب الشفعة فيه ، ومبنَى الشفعة ههنا على صحّة تصرّف المرتدّ ، ويذكر فى غير هذا الموضع ، وإن بيع شِقصٌ فى شركة المرتدّ ، وكان المشترى كافراً ، فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً ، لأن أخذه بالشفعة شراء للشـِّقص من المشترى ، فأشبه شراءه لغيره .

وإن ارتدّ الشفيع المسلم ، وقتل بالردّة ، أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ، ينظرُ فيها الإمام ، أو نائبه . وإن قتل ، أو مات ، قبل طلبها بطلت شفعته . كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيع المسلم ، ولم يخلّف وارثاً سوى بيت المال ، انتقل نصيبه إلى المسلمين ، إن مات بعد الطلب . وإلا فلا .

٤٠٣٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن أذن الشريك فى البيع ، ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع ، فله ذلك ﴾

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعه قبل البيع ، فقال : قد أذنتُ فى البيع أو أسقطتُ شفعتى ، أو ما أشبه ذلك ، لم تسقط ، وله المطالبة بها متى وُجد البيع ، هـذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب مالك ، والشافعىّ والبتىّ ، وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد مايدلّ على أن الشفعة تسقُط بذلك ، فإن اسماعيل بن سعيد قال : قلتُ لأحـمد : ما معنى قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْن أَخِيهِ رَبْعَةٌ [1] فأَرَادَ بَيْعَها ، فلْيعَرِضْهَا عَلَيْهِ » وقد جاء فى بعض الحديث « وَلا يَحِلُّ لَهُ إلاَّ أَنْ يعْرِضَهَا عَلَيْهِ » إذ كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ماهو ببعيد من أن يكون على ذلك ، وأن لا تـكون له الشفعة ، وهذا قول الحـكَم ، والثورىّ ، وأبى عُبَيد وأبى خَيْثَمَةَ ، وطائفة من أهل الحديث .

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمـد ، فقال مرةً . تبطلُ شُفعته ، وقال مرّةً : لا تبطلُ ، واحتجّوا بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِى أَرْضٍ رَبْعة أَوْ حَائِطٍ فَلاَ يَحِلّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حتّى يَسْتَأذِنَ شَرِيكَهُ ، فإِنْ شَاء أَخَذَ ، وَإِنْ شَاء تَرَكَ » ومحال أن يقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « وَمَنْ شَاء تَرَكَ » فلا يكون لتركه معنًى ، ومفهوم قوله : فإن باع ، ولم يُؤذِنْه فهو أحقّ به ، أنه إذا باعه بإذنه لاحقّ له ، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الاتفاق على خلاف الأصل ، لـكونه يأخذ ملك المشترى من غير رضائه ، ويجبُره على المعاوضة به ، لدخوله مع البائع فى العقد الذىأساء فيه ، بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه فى عرضه عليه .

وهذا المعنى معدوم ههنا ، فإنه قد عرضه عليه ، وامتناعُه من أخـذه دليلٌ على عدم الضرر فى حقه ببيعه ، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه ، فلا يستحقّ الشفعة ، كما لو أخّر المطالبة بعد البيع .

ووجه الأول أنه إسقاط حقّ قبـل وجوبه ، فلم يصحّ ، كما لو أبرأه ممّا يجب له ، أو أسقطت المرأةُ صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العَرْضَ عليه ، ليبتاع ذلك إن أراد ، فتخف عليه المؤنة ويكتفى بأخذ المشترى الشِّقص لا إسقاط حقّه من شفعته .

٤٠٣٧ (فصـل)

إذا توكّل الشفيع فى البيع لم تسقط شفعته بذلك ، سواء كان وكيل البائع أو المشترى ، ذكره ، الشريف ، وأبو الخطاب ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ .

---

(١) الربعة : المنزل.

وقال القاضي ، وبعض الشافعيّة: إن كان وكيل البائع فلا شفعة له ، لأنه تلحقه التّهمة في البيع ، لكونه يقصد تقليل الثمن ، ليأخذ به ، بخلاف وكيل المشتري .

وقال أصحاب الرأي : لا شفعة لوكيل المشتري ، بناء على أصلهم : أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، فلا يستحقّ على نفسه .

ولنا أنه وكيل ، فلا تسقط شفعته كالآخر ، ولا نسلّم أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، إنما ينتقل إلى الموكّل ، ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبتت في ملكه ، إنما ينتقل في الحال . إلى الموكّل ، فلا يكون الأخذ من نفسه ، ولا الاستحقاق عليها ، وأما التهمة فلا : تؤثّر لأن الموكّل وكلّه مع علمه بثبوت شفعته ، راضياً بتصرّفه مع ذلك ، فلا يؤثّر ، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه .

فعلى هذا ، لو قال لشريكه : بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ، ففعل ، ثبتت الشفعة لكلّ واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه ، وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكّل .

٤٠٣٨ (فصـــل)

وإن ضمن الشفيع العهدةَ للمشتري ، أو شرط له الخيار ، فاختار إمضاء العقد لم تسقط شفعته ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أصحاب الرأي : تسقط ، لأن العقد تمّ به ، فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه .

ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن في البيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكروه لا يصحّ ، فإن البيع لا يقف على الضمان ، ويبطل بما إذا كان المشتري شريكا ، فإن البيع قد تمّ به ، وتثبتُ له الشفعة بقدر نصيبه .

٤٠٣٩ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة ، في أحد الوجهين ، لأن أحد الشريكين ربُّ المال ، والآخر العامل ، فهما كالشريكين في المتاع ، فلا يستحقّ أحدهما على الآخر شفعةً ، وإن باع الثالث باقيَ نصيبه لأجنبيّ ، كانت الشفعة مستحقّةً بينهم أخماساً ، لربّ المال خُمساها ، وللعامل خُمساها ، ولمال المضاربة خمسُها بالسُدس الذي له ، فيجعل مال المضاربة كشريكٍ آخر ، لأن حكمه متميّز عن مال كلّ واحد منهما .

٤٠٤٠ (فصـــل)

فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا ، فاشترى أجنبيٌّ نصيب أحدهم ، فطالبه أحد الشريكين بالشفعة ، فقال : إنما اشتريته لشريكك لم تؤثّر هذه الدعوى في قدر ما يستحقّ من الشفعة ، فإن الشفعة بين الشريكين نصفين ، سواء اشتراها الأجنبيّ لنفسه ، أو للشريك الآخر ، وإن ترك المطالب بالشفعة

حقّه منها بناء على هذا القول ، ثم تبيّن كذبه لم نسقط شفعته ، وإن أخذ نصف المبيع لذلك ، ثم تبيّن كذب المشترى ، وعفا الشريك عن شفعته ، فله أخذ نصيبه من الشفعة ، لأن اقتصاره على أخذ النصف بُنى على خبر المشترى ، فلم يؤثّر فى إسقاط الشفعة ، واستحقّ أخذ الباقى ، لعفو شريكه عنه ، وإن امتنع من أخذ الباقى سقطت شفعته كلّها ، لأنه لا يملك تبعيض صفقة المشترى .

ويحتمل أن لا يسقط حقّه من النصف الذى أخذه ، ولا يبطلُ أخذه له ، لأن المشترى أقرّ بما تضمّن استحقاقه لذلك ، فلا يبطلُ برجوعه عن إقراره ، وإن أنكر الشريك كون الشراء له ، وعفا عن شفعته ، وأصرّ المشترى على الإقرار للشريك به ، فللشفيع أخذ الكلّ ، لأنه لا منازع له فى استحقاقه ، وله الاقتصار على النصف ، لإقرار المشترى له باستحقاق ذلك .

٤٠٤١ (فصـــــل)

وإن قال أحد الشفيعين للمشترى : شراؤك باطلٌ ، وقال الآخر : هو صحيح فالشفعة كلّها للمعترف بالصحّة ، وكذلك إن قال : ما اشتريته إنما اتّهبته ، وصدّقه الآخر أنّه اشتراه ، فالشفعة للمصدّق بالشراء ، لأن شريكه مُسقط لحقّه باعترافه ، أنه لا بيع صحيح ، ولو احتال المشترى على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين : قد سقطت الشفعة توفّرت على الآخر ، لاعتراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكّل أحد الشفيعين فى البيع ، أو الشراء ، أو ضمن عهدة المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لى لذلك ، توفّرت على الآخر ، وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها فارتفع إلى حاكم ، فحكم بأنه لا شفعة له ، توفّرت على الآخر ، لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبه مالو سقطت بإسقاط المستحقّ .

٤٠٤٢ (فصـــــل)

إذا ادّعى رجل على آخر ثلث داره ، فأنكر ، ثمّ صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صحّ ، ووجبت الشفعة فى الثلث المصالح به ، لأن المدّعى يزعُم أنه محقّ فى دعواه : وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادّعاه ، فلزمه حكم دعواه ، ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر فى الثلث المصالح عنه، لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل ، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاءً لشرّه ، ودفعاً لضرر الخصومة ؛ واليمين على نفسه ، فلم تلزمه فيه شفعة .

وإن قال المنكر للمدعى : خذ الثلث الذى تدّعيه بثلث دارك ، ففعل ، فلا شفعة على المدّعى فيما أخذه ، وعلى المنكر الشفعة فى الثلث الذى أخذه . لأنه يزعُم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعىّ : تجب الشفعة فى الثلث الذى أخذه المدّعى أيضاً ، لأنها معاوضة من الجانبين بشقْصين ، فوجبت الشفعة فيهما ، كما لو كانت بين مُقرّين .

ولنـا : أن المدَّعِىَ يزعُم أنّ ما أخذه كان ملـكاً له قبل الصلح ، ولم يتجدّد له عليه ملك ، وإنما استنقذه بصلحه ، فلم تجب فيه شـفعة ، كما لو أقرّ له به .

٤٠٤٣ (فصـــــــل)

إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ، ثم باعه لأجنبىّ ، ثم علم شريكه ، فله أن يأخذ بالعقدين ، وله الأخذ بأحدهما ، لأنه شريك فيهما ، فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع مافى يد مشتريه ، لأنه لاشريك له فى شفعته ، وإن أخذ بالعقد الأول ، ولم يأخذ بالثانى أخذ نصف المبيع ، وهو السدس ، لأن المشترىَ شريكه فى شفعته ، ويأخذ نصفه من المشترى الأول ، ونصفه من المشترى الثانى ، لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين ، لـكلّ واحد منهما السدس ، فإذا باع الثلث من جميع مافى يده ، وفى يده ثلثان ، فقـد باع نصف مافى يده ، والشفيع يستحقّ ربع مافى يده ، وهو السدس ، فصار منقسما فى يديهما نصفين ، فيأخذ من كلّ واحـد منهما نصفه ، وهو نصف السدس ، ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشترى الثانى على الأول بربع الثمن الذى اشترى به ، وتـكون المسألة من اثنى عشر ، ثم ترجع إلى أربعة ، للشفيع نصف الدار ، ولـكلّ واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافى يد الثانى ، وربع مافى يد الأول ، فصار له ثلاثة أرباع الدار ، ولشريكه الربع ، ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ، ويدفع إلى الثانى ثلاثة أرباع الثانى ، ويرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى ، لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول ، وهو السدس ، فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هـذا النصف فى يد الثانى ، وهو ربع ما فى يده ، فيأخذه منه ، ويرجع الثانى على الأول بثمنه ، وبقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه ، فأخذها منـه ، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن .

وإن كان المشترى الثانى هو البائع الأول ، فالحـكم على ماذكرنا لا يختلف .

وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً : لأحدهم نصفها ، وللآخرين نصفها بينهما ، فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ، ثم باع ربعاً مما فى يده لأجنبىّ ، ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثانى أخذ جميعه ، ودفع إلى المشترى ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع ، وهو نصف سدس ، لأن المبيع كلّه ربع ، فثلثه نصف سدس ، يأخذ ثلثه من المشترى الأول ، وثلثه من الثانى ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين : النصف ثمانية عشر ، ولـكلّ واحد منهما تسعة . فلما اشترى صاحب النصف تسعةً كانت شفعتها بينه ، وبين شريكه الذى لم يبع أثلاثاً ، لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما فى يده حصل فى المبيع من الثلاثة ثلثها ، وهو سهم ، بقى فى يد البائع منها سهمان ، فترد الثلاثة إلى الشريك ، ويصير فى يده اثنا عشر ، وهى الثلث ، ويبقى فى يد المشترى الثانى ثمانية ، وهى تسعان ، وفى يد صاحب النصف ستة عشر ، وهى أربعة

أتساع ، ويدفع الشريك الثمن إلى المشترى الأول ، ويرجع المشترى الثانى عليه بقَسم الثمن الذى اشترى به ، لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه ، وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثانى جميع ما فى يده ، وأخذ من الأول نصف التسع ، وهو سهمان من ستة وثلاثين ، فيصير فى يده عشرون سهماً ، وهى خمسة أتساع ، ويبقى فى يد الأول ستة عشر سهماً ، وهى أربعة أتساع ، ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ، ويدفع إلى الثانى ثمانيةَ أتساعِ الثمن الثانى، ويرجع الثانى على الأول بقسع الثمن الثانى .

٤٠٤٤ (فصـــل)

إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر سدُسها ، فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ، ثم باع عمراً سدُسها ، ولم نعلم عمرو بشراء الثلث ، ثم علم فله المطالبة بحقّه من شفعة الثلث ، وهو ثلثاه ، وذلك تُسعا الدار ، فيأخذ من بكر ثلثى ذلك ، وقد حصل ثلثه الباقى فى يده بشرائه للسدس ، فيفسخ بيعه فيه ، ويأخذه بشفعة البيع الأول ، ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه ، لزيد ثلث شفعته ، فيقسّم بينهما أثلاثاً .

وتصح المسألة من مائة ، واثنين ، وستين سهماً : الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً : لعمرو ثلثاها بشفعته ، ستة وثلاثون سهماً ، يأخذ ثلثيها من بكر . وهى أربعة وعشرون سهماً ، وثلثها فى يده اثنا عشر سهماً ، والسدس الذى اشتراه سبعة وعشرون سهماً ، قد أخذ منها اثنى عشر بالشفعة ، بقى منها خمسة عشر ، له ثلثاها : عشرةٌ ويأخذ منها زيدٌ خمسةً ، فحصل لزيد اثنان ، وثلاثون سهماً ، ولبكر ثلاثون سهماً ، ولعمرو مائة سهم ، وذلك نصف الدار ، وتُسعها ، ونصف تُسْعِ تُسعها ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى الثمن فى البيع الأول ، وعليه ، وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقى ، بينهما أثلاثاً .

وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث ، فشفعة السدُس الذى اشتراه بينه ، وبين زيد أثلاثا ، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ، لزيد تسعاها ، ولبكر ثلثها ، وتصحّ من تسعة .

وإن باع بكر السدس لأجنبىّ فهو كبيعه إياه لعمرو ، إلا أنّ لعمرو العفوَ عن شفعته فى السدس ، بخلاف ما إذا كان هو المشترى ، فإنه لا يصحّ عفوه عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لأجنبىٍّ ، فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول ، وهو التسعان ، يأخذ ثلثهما من بكر ، وثلثهما من المشترى الثانى ، وذلك تسع ، وثث تسع ، يبقى فى يد الثانى سدس ، وسدس تسع ، وهو عشرة من أربعة وخمسين ، بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتصحّ أيضاً من مائة ، واثنين وستين ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشترى الثانى ثمن خمســة أسباع مبيعه ، بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشترى الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه .

وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما فى يده سدساً لم تبطل شفعته ، فى أحد الوجوه ، وله أن يأخذ بها ، كما لو لم يبع شيئاً

(الثانى) تبطل شفعته كلها .

(والثالث) تبطل فى قدر ماباع ، وتبقى فيما لم يبع :
وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه ، فأما شفعة ماباعه ففيها ثلاثة أوجه :
أحدها : أنها بين المشترى الثانى وزيد ، وبكر ، أرباعاً ، للمشترى نصفها ، ولكل واحد منهما ربعها ، على أملاكهم حين بيعه ،

والثانى : أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً ، لزيد تسعة ، ولبكر خمسة ، لأن لزيد السدس ، ولبكر سدس يستحق منه أربعةَ أتساعه بالشفعة ، فيبقى معه خمسة أتساع السدس ، ملكه مستقر عليها ، فأضفناه إلى سدس زيد ، وقسّمنا الشفعة على ذلك ، ولم نُعط المشترىَ الثانىَ ، ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً ، لأن الملك عليها غير مستقر

والثالث : إن عفا لهم عن الشفعة استحقّوا بها ، وإن أخذت بالشفعة لم يستحقّوا بها شيئاً وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحقّ المعفو عنه بسهامه ، دون غير المعفّو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو ، فهو بمنزلة المعفوّ عنه ، فيخرج فى قدره وجهان ، ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال ، وخرج إلى الإملال .

٤٠٤٥ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً ، فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم ، استحق الرابع الشفعة عليهما ، واستحق كلّ واحد من المشتريَيْن الشفعة على صاحبه ، فان طالب كلّ واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا ، وصارت الدار بينهم كذلك .

وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين ، وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم ، فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار ، وللرابع الربع بحاله .

وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع ، لأن كلّ واحد منهما له من الملك مثلُ ما للمطالب ، فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين ، فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار ، وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر ، قاسمه الثمن نصفين ، فيحصُل للمعفّو عنه ثلاثة أثمان ، والباقى بين الرابع والآخر نصفين ، وتصحّ من ستة عشر .

وإن عفا أحد المشتريين ، ولم يعفُ الآخر ، ولا الرابع قسّم مبيع المعفوّ عنه بينه ، وبين الرابع نصفين ، ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً ، فيحصل للذى لم يعفُ عنه ربع ، وثلث ثمن ، وذلك سدس ، وثمن ، والباقى بين الآخرين نصفين ، وتصحّ من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع عن أحدهما ، ولم يعف أحدهما عن صاحبه ، أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن ، والباقى بينهما نصفين ، ويكون الرابع كالعافى فى التى قبلها ، وتصحّ أيضاً من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ، ولم يعف الآخر فلغير العافى ربع ، وسدس ، والباقى بين العافيين نصفين ، لكلّ واحد منهما سدس ثمن ، وتصحّ من أربعة وعشرين ، ومايفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا .

٤٠٤٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا شفعة لكافر على مسلم ﴾

وجملة ذلك : أن الذمىّ إذا باع شريكه شقصاً لمسلم ، فلا شفعة له عليه ، رُوى ذلك عن الحسن ، والشعبىّ ، وروى عن شُرَيح ، وعمر بن عبد العزيز : أن له الشفعة ، وبه قال النخَعىّ ، وإياس بن معاوية ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعى ، والعنبرىّ ، وأصحاب الرأى ، لعموم قوله عليه السـلام « لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم ، والكافر ، كالردّ بالعيب .

ولنا ، ما روى الدارقطنىّ فى كتاب العلل بإسناده ، عن أنس : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ شُفْعَةَ لِنَصْرانىّ » وهذا يخُصُّ عموم ما احتجّوا به ، ولأنه معنًى يملك به يترتّب على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمىّ على المسلم ، كالزكاة ولأنه معنىً يختصّ العقار ، فأشبه الاستعلاء فى البنيان .

يحققه أن الشفعة إنّما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فقدّم دفع ضرره على دفع ضرر المشترى .

ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمىّ . فإن حقّ المسلم أرجحُ ، ورعايته أولى ، ولأنّ ثبوت الشفعة فى محل الإجماع على خلاف الأصل رعايةً لحقّ الشريك المسلم .

وليس الذمى فى معنىً المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمى ، لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت فى حقّ المسلم على المسلم مع عظم حرمته ، ورعاية حقّه فلأنْ تثبُتَ على الذمىّ مع دناءته أولى ، وأحرى .

٤٠٤٧ (فصـل)

وتثبتُ للذمىّ على الذمىّ لعموم الأخبار ، ولأنهما تساويا فى الدين والحرمة ، فتثبت لأحدهما على الآخر ، كالمسلم على المسلم ولا نعلم فى هذا خلافاً .

وإن تبايعوا بخمر ، أو خنزير ، وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو الخطّاب : إن تبايعوا بخمر ، وقلنا : هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة .

وقال أبو حنيفة : تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمراً ، لأنها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم ، لكن إن كان الشفيع ذمّياً أخذه بمثله ، وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر .

ولنا : أنه بيع عقد بخمر ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مُسلمين . ولأنه عقد بثمن محرم ، أشبه البيع بالخنزير ، والميتة ، ولانسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرّمه ، كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حِله لايجعله مالاً ، كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننّا لانتعرّض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ، مالم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه .

٤٠٤٨ (فصــــل)

فأما أهل البدع فمن حُكم بإسلامه فله الشفعة ، لأنه مسلم فتثبت له الشفعة ، كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلّة يقتضى ثبوتها لكلّ شريك ، فيدخل فيها .

وقد روى حرب أن أحمد سُئل عن أصحاب البدع ، هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن إدريس أنه قال : ليس للرافضة شفعة ، فضحك ، وقال ، أراد أن يخرجهم من الإسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة . وهذا محمول على غير الغلاة منهم ، وأما من غلا ، كالمعتقد أنّ جبريل غلط في الرسالة ، فجاء إلى النبيّ صلىّ الله عليه وسلم ، وإنّما أرسل إلى عليّ ونحوه ، ومن حُكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلاشفعة له ، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذميّ الذى يقَرّ على كفره فغيره أولى .

٤٠٤٩ (فصــــل)

وتثبت الشفعة للبدويّ على القرويّ وللقرويّ على البدويّ في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبيّ ، والبتيّ : لاشفعة لمن لم يسكن المصر .

ولنا : عموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضى لوجوب الشفعة .

٤٠٥٠ (فصــــل)

قال أحمد في رواية حنبل : لانرى في أرض السواد شفعة ، وذلك لأن أرض السواد موقوفة ، وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين ، ولايصحّ بيعُها ، والشفعة إنما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في سائر الأرض التى وقفها عمر رضى الله عنه ، وهى التى فُتحت عَنْوةً في زمنه ، ولَم يَقْسِمْها ، كأرض الشام ، وأرض مصر ، وكذلك كلّ أرض فتحت عنوةً ، ولم تُقسّم بين الغانمين ، إلاّ أن يحكُمُ ببيع ذلك حاكم ، أو يفعله الإمام ، أو نائبه ، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة ، لأنه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه ، والله أعلم .

كتاب المساقاه

المساقاة أن يدفع الرجلُ شجره إلى آخر ، ليقوم بسقيه ، وعمل سائر مايحتاج إليه ، بجزء معلوم له من ثمره ، وإنما سمّيت مساقاةً لأنها مُفَاعَلَةٌ من السقى ، لأن أهل الحجاز أكثر حاجةِ شجرهم إلى السقى ، لأنهم يَسْتقون من الآبار ، فسمّيت بذلك ، والأصل فى جوازها السّنة ، والإجماع .

أما السّنة : فما رَوى عبد الله بن عمر رضى الله عنه قال: « عَامَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمْ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَايَخْرُجُ مِنْها مِنْ ثَمرٍ أَوْ زَرْعٍ » حديث صحيح ، متفق عليه .

وأما الإجماع : فقال أبوجعفر ، محمد بن علىّ بن الحُسين بن علىّ بن أبى طالب ، رضى الله عنه ، وعن آبائه «عاملَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسَلم أهْلَ خَيْبَرِ بالشَّطْرِ[1] ، ثُمَّ أبُوبَكْرٍ ، وعمر ، وعُثْمانُ ، وعلىّ ، ثم أهلوهم إلى اليوم ، يُعْطُونَ الثلث ، والربع » وهذا عمل به الخلفاء الراشدون فى مدّة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر ، فكان إجماعاً ، فإن قيل : لانسلّم أنه لم ينكره منكر ، فإن عبد الله بن عمر راوى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه ، وقال : كنّا نُخابر أربعين سَنَةً حتىّ حدّثنا رافعُ بن خَدَيْج : أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ الُمخَابَرَةِ ، وهذا يمنع انعقاد الإجماع ، ويدلّ على نسخ حديث ابن‌عمر ، لرجوعه عن العمل به ، إلى حديث رافع ، قلنا : لايجوز حمل حديث رافع على مايُخالف الإجماع ، ولاحديث ابن عمر ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يزلْ يعاملُ أهل خيبر حتىّ مات ، ثمّ عمل به الخلفاء بعده ، ثمّ مَنْ بعدهم ، فكيف يتصوّر نهىُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم عن شىء ثم يُخالفه ؟ أم كيف يُعمل بذلك فى عصر الخلفاء ، ولم يُخبرهم من سمع النهى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وهو حاضر معهم ، وعالم بفعلهم ، فلم يخبرهم ، فلو صحّ خبر رافع لوجب حملُه على مايوافق السنّة ، والإجماع .

وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه مايدلّ على صحّة قولنا ، فروى البخارىّ بإسناده ، قال: كنا نُكرى الأَرْضَ بِالنَّاحِيَةِ منها تُسمّى لسيِّد الأَرْضِ ، فَرُبمَّا يُصابُ ذَلِكِ ، وتَسْلَمُ الأرْضُ ، ورُبَّمَا تُصَابُ الأرْضُ وَيَسْلَمُ ذَلِكَ ، فَنُهِينَا ، فأَمّا الذَّهَبُ والْوَرِقُ فَلمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ ، وروى تفسيره أيضاً بشىء غير هذا من أنواع الفساد ، وهو مضطرب جداً ، قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن حديث رافع ابن خَدَيج : نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن المزراعة ، فقال رافع : رُوى عنه فى هذا ضُروب ، كأنه يُريد أن اختلاف الروايات عنه يُوهِنُ حديثه ، وقال طاوس : إنّ أعلمهم ، يعنى ابن عباس ، أخبرنى أن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم لم يَنْهَ عنه ، ولكن قال : لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أخَاه أرْضَهَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ

---

(١) الشطر : النصف .

يأخُذَ عَلَيهَا خَرَاجاً مَعْلُوماً ، رواه البخاريّ ومسلم ، ، وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمرٍ فعله النبيُّ صلىّ الله عليه وسلّم حتى مات ، وهو يفعله ، ثم أجمع عليه خلفاؤه ، وأصحابه بعده بخبر لايجوز العمل به ، ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسّرها رافع فى حديثه ، وأما غير ابن عمر ، فقد أنكر على رافع ، ولم يقبل حديثه ، وحمله على أنه غلط فى روايته ، والمعنى يدلّ على ذلك ، فإنّ كثيراً من أهل النخيل ، والشجر ، يعجزون عن عمارته ، وسقيه ، ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لاشجر لهم ، ويحتاجون إلى الثمر ففى تجويز المساقاة دفع للحاجتين ، وتحصيل لمصلحة الفئتين ، فجاز ذلك كالمضاربه بالأثمان .

٤٠٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ وتجوز المساقاة فى النخل ، والشجر والكَرْم ، بجزء معلوم ، يُجْعَلُ للعامل من الثمر ﴾

وجملة ذلك : أن المساقاة جائزة فى جميع الشجر المثمر ، هذا قول الخلفاء الراشدين ، رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد ابن المسيّب ، وسالم ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وقال داود : لايجوز إلا فى النخيل ، لأنّ الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعىّ لايجوز إلا فى النخيل ، والكرم لأن الزكاة تجب فى ثمرتها ، وفى سائر الشجر قولان :

أحدهما : لايجوز فيه : لأن الزكاة لاتجب فى نمائه ، فأشبه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر : لاتجوز بحال ، لأنها إجارة بثمرة لم تخلق ، أو إجارة بثمرة مجهولة، أشبه إجارةَ نفسه بثمرة غير الشجر الذى يسقيه.

ولنا : السنّة ، والإجماع ، ولايجوز التعويل على ماخالفهما ، وقولهم إنها إجارة غير صحيح ، إنّما هو عقد على العمل فى المال ببعض نمائه ، فهو كالمضاربة ، وينكسر ماذكروه بالمضاربة ، فإنه يعمل فى المال بنمائه وهومعدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع،وهذا فى معناه ، ثمّ قد جوّز الشارع العقد فى الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لايجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو المجمع عليه ، فأما فى إبطال نصّ ، وخرق إجماع بقياس نصّ آخر ، فلا سبيل إليه .

وأما تخصيص ذلك بالنخيل ، أو به وبالكرم ، فيخالف عموم قوله : عامل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر مايخرُج منها ، من زرع ، أو ثمر ، وهذا عامّ فى كلّ ثمرٍ ، ولاتكاد بلدة ذاتُ أشجارٍ تخلو من شجرٍ غير النخيل، وقد جاء فى لفظ بعض الأخبار :أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرُج من النخل ، والشجر ، ولأنه شجر يُثمر كلّ حول ،فأشبه النخيل ، والكرم ، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه ، كالنخل ، وأكثر لكثرته ، فجازت المساقاة عليه ، كالنخل . ووجوب الزكاة ليس من العلّة المجوِّزة للمساقاة ، ولا أثر له فيها وإنما العلّة ماذكرناه .

٤٠٥٢ (فصــل)

فأمّا مالا ثمر له من الشجر ، كالصفصاف ، ، والجوز ، ونحوهما ، أو له ثمر غير مقصود ، كالصنوبر ، والأرز ، فلاتجوز المساقاة عليه ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، ولأنّ المساقاة إنما تـكون بجزء من الثمرة ، وهذا لاثمرة له ، إلاّ أن يكون مما يُقصد ورقه كالتوت ، والورد ، فالقياس يقتضى جواز المساقاة عليه ، لأنه فىمعنى الثمر ، لأنه نماء يتكرّر كلّ عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثلُ حكمه .

٤٠٥٣ (فصــــل)

وإن ساقاه على ثمرة موجودة ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين .

إحداهما : تجوز ، وهو اختيار أبى بكر ، وهو قول مالك . وأبى يوسف ، ومحمد وأبى ثور ، وأحد قولى الشافعىّ : لأنها إذا جازت فى المعدومة مع كـثرة الغرر فيها ، فمع وجودها ، وقلّة الغرر فيها أولى ، وإنّما تصحّ إذا بقى من العمل ما يُستزاد به الثّمرة ، كالتأبير ، والسقى ، وإصلاح الثمرة ، فإن بقى ما لا تزيد به الثمرة ، كالجِذَاذِ ، ونحوه لم يجُز بغير خلاف .

والثانيه : لا تجوز ، وهو القول الثانى للشافعىّ . لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص . فإنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم عاملَ أهلَ خيبر على الشّطر ، ممّا يخرج من ثمر ، أو زرع ، ولأن هذا يُفضى إلى أن يستحقّ بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن ربّ المال إلى المساقى ، فلم يصحّ ، كما لو بدا صلاحُ الثمرة ، ولأنه عقد على العمل فى المال ببعض نمائه ، فـــلم يجز بعد ظهور النماء ، كالمضاربة ، ولأنّ هذا جعل العقـد إجارة بمعلوم ، ومجهول ، فلم يصحّ ، كما لو استأجره على العمــل بذلك .

وقولهم : إنه أقلّ غرراً قلنا : قلّة الغرر ليست من المقتضى للجواز ، ولا كثرته الموجودة فى محلّ النصّ مانعةٌ فلا تؤثّر قلّته شيئاً ، والشرع ورد به على وجهٍ لا يستحقّ العامل فيه عوضاً موجوداً ، ولا ينتقل إليه من ملك ربّ المال شىء ، وإنّما يحدث النماء الموجود على ملـكهما ، على ما شرطاه ، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس فى معناه إلحاقاً به ، كما لو بدا صلاح الثمرة ، كالمضاربة بعد ظهور الربح .

٤٠٥٤ (فصـــــل)

فأما قول الخرقىّ (بجزء معلوم يُجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين .

أحدهما : أن المساقاة لا تصحّ إلا على جزء معلوم من الثمرة ، مُشاع ، كالنصف ، والثلث ، لحديث

ابن عمر : عاملَ أهلَ خيبرَ بشطرِ ما يخرُج منها ، وسواء قلّ الجزء أو كثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائةِ جزء ، وجعل جزءاً منها لنفسه ، والباقى للعامل جاز ، مالم يفعل ذلك حِيلَةً ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة ، كالخُمْسَيْنِ ، وثلاثة أثمان ، أو سدس ، ونصف سبع ، ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء مبهم ، كالسهم والجزء والنصيب ، والحظّ ، ونحوه لم تجز ، لأنه إذا لم يكن معلوما لم تُمكن القسمة بينهما .

ولو ساقاه على آصع معلومة ، أوجعل مع الجزء المعلوم آصُعاً لم تجز.لأنه ربّما لم يحصل ذلك ، أو لم يحصل غيره ، فيستضر ربُّ الشجر ، أو ربّما كثر الحاصل ، فيستضرّ العامل ، وإن شرط له ثمر نَخَلاتٍ بعينها لم يجُز ، لأنّها قد لاتحمل ، فتكون الثمرة كلّها لربّ المال ، وقد لاتحمل غيرها ، فتكون الثمرة كلّهاللعامل ، ولهذه العلة نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن المزارعة التى يجعل فيها لربّ الأرض مكاناً مُعيّناً وللعامل مكاناً معيناً .

قال رافع : « كنّا نُكْرِى الأرْضَ عَلَى أنّ لَنَا هَذِهِ ، وَلَهُمْ هَذِهِ ، فربّما أخْرَجَتْ هَذِهِ ، ولم تُخْرِج هَذِهِ ، فنَهَانَا عَنْ ذَلِك ، فأمّا الذّهَبُ وَالْوَرِقُ فَلمْ يَنْهَنَا » متفق عليه ، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمرة كلّها لرّب المال ، لأنها نماءُ ملكه ، وللعامل أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

الثانى : أن الشرط للعامل.لأنه إنما يأخذبالشرط، فالشرط يُراد لأجله ، وربُّ المال يأخذبماله،لا بالشرط ، فإذا قال : ساقيتُك على أنّ لك ثلث الثمرة صحّ ، وكان الباقى لربّ المال ، وإن قال : على أنّ لى ثلثَ الثمرة ، فقال ابن حامد . يصحّ ، والباقى للعامل ، وقيل : لا يصحّ .

وقد ذكرنا تعليل ذلك فى المضاربة ، وإن اختلفا فى الجزء المشروط لمن هو منهما ؟ فهو للعامل ، لأن الشرط يُراد لأجله ، كما ذكرنا .

٤٠٥٥ (فصل)

إذا كان فى البستان شجر من أجناس ، كالتين ، والزيتون ، والكَرْم ، والرمّان ، فشرط للعامل من كلّ جنس قدراً ، كنصف ثمر التين ، وثلث الزيتون ، وربع الكرم ، وخمس الرمّان ، أوكان فيه أنواع من جنس ، فشرط من كلّ نوع قدراً وهما يعلمان قدر كلّ نوع صحّ . لأن ذلك كأربعة بساتين ، ساقاه على كلّ بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر .

وإن لم يعلما قدره ، أو لم يعلم أحدُهما . لم يجز ، لأنه قد يكون أكثر ما فى البستان من النوع الذى شرط فيه القليل ، أو أكثره مما شرط فيه الكثير .

ولو قال : ساقيتُك على هذين البستانين بالنصف من هـــذا ، والثلث من هذا صحّ . لأنهما صفقة واحدة ، جمعت عوضين ، فصار كأنّه قال : بعتُك داريَّ هاتين : هذه بألف ، وهذه بمائة ، وإن قال ، بالنصف من أحدهما ، والثلث من الآخر لم يصحّ ، لأنه مجهول ، لا يُدرى أيّهما الذى يستحقّ نصفه ، ولا الذى يستحقّ ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد : نصفُه هذا بالنصف ، ونصفه هذا بالثلث ، وهما متميزان صحّ ، لأنهما كبستانين .

٤٠٥٦ (فصـــل)

وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما . وثلث نصيب الآخر ، والعاملُ عالم بنصيب كلّ واحد منهما جاز . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أفرد كلّ واحد منهما بعقدٍ كان له أن يشرط ما اتفقا عليه . وإن جهل نصيب كلّ واحـد منهما لم يجز ، لأنه غرر ، فإنه قد يقلّ نصيبَ مَنْ شرط النصف ، فيقلّ حظّه ، وقد يكثر . فيتوفّر حظّه .

فأما إن شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز . وإن لم يعلم قدر ما لـكلّ واحد منهما . لأنّها جهالة . لا غرر فيها . ولا ضرر . فصار كما لو قالا : بعناك دارنا هذه بألف ؛ ولم يعلم نصيب كلّ واحد منهما جاز ، لأنه أى نصيب كان ، فقد علم عِوَضَه ، وعلم جملة المبيع ، فصحّ كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوى فى النصيب ، ويجوز أن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر .

٤٠٥٧ (فصـــــل)

ولو ساقاه ثلاث سنين على أنّ له فى الأولى النصف ، وفى الثانية الثلث ، وفى الثالثة الربع جاز . لأنّ قدر ماله فى كلّ سنة معلوم فصحّ ، كما لو شرط له من كلّ نوع قدراً .

٤٠٥٨ (فصـــل)

ولو دفع إلى رجل بُستاناً ، فقال : مَازَرَعْتَ فيه من حِنْطةٍ فلى ربعهُ ، وما زرعتَ من شعير فلى ثلثه ، وما زرعتَ من باقلّى فلى نصفه لم يصحّ لأن ما يزرعه من كلٍّ واحد من هذه الأصناف مجهول القـدر ، فجرى مجرى مالو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع الآخر ، وهو جاهل بما فيه منهما .

وإن قال : إن زرعتَها حِنطةً فلى ربعها . وإن زرعتَها شعيراً فلى ثلثه ، وإن زرعتَها باقلّى فلى نصفه لم يصح أيضاً . لأنه لا يدرى ما يزرعهُ ، فأشبه مالو قال : بعتُك بعشرة صحاح ، أو أحد عشرة مكسّرة ، وفيه وجه آخر : أنّه يصحّ بناء على قوله فى الإجارة : إن خِطتَه رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسيّاً فلك نصف درهم ، فإنه يصحّ فى المنصوص عنه ، فيخرّج ههنا مثله ، وإن قال : ما زرعتَها من شىء فلى نصفه صحّ . لأن

النبيُّ صلّى الله عليه وسلم ساق أهل خيبر بشَطْرِ مايخرج منها من ثمر ، أو زَرْع ، ولو جعل له فى المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثى الباقلى ، وبيَّنا قدر مايزرع من كلّ واحد من هذه الأنواع . إما بتقدير البذر . وإما بتقدير المكان ، وتعيينه ، أو بمساحته ، مثل أن قال : تزرع هذا المكان حنطةً ، وهذا شعيراً ، وتزرع مُدَّين حنطةً ، ومدّين شعيراً ، أو تزرع قفيزاً حنطةً ، وقفيزين شعيراً ، جاز . لأنّ كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به .

٤٠٥٩ (فصـــــل)

وإن ساقاه على أنه إن سقى سيحاً ، فله الثلث . وإن سقى بكُلْفة فله النصف لم يصحّ . لأن العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، وهو فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويتخرّج أن يصحّ قياساً على مسألة الإجارة ، ولو قال : لك الخُمسان إن كانت عليك خسارةٌ . وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصحّ . نصّ عليه أحمد ، وقال : هذا شرطان فى شرط ، وكرهه ، وهذا فى معنى المسألة التى قبلها ، ويخرّج فيها مثل ما خرّج فيها .

ولو ساقاه فى هذا الحائط بالثلث ، على أن يُساقيه فى الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصحّ . لأنه شرط عقداً فى عقد ، فصار فى معنى بَيْعتين فى بيعة ، كقوله : بعتُك ثوبى على أن تبيعنى ثوبك ، وإنما فسد لمعنيين :

أحدهما : أنه شرط فى العقد عقداً آخر ، والنفع الحاصل بذلك مجهول ، فكأنه شرط العوض فى مقابلة معلوم ومجهول .

الثانى : أن العقد الآخر لايلزمه بالشرط ، فيسقط الشرط ، وإذا سقط وجب رد الجزء الذى تركه من العوض لأجله ، وذلك مجهول ، فيصير الكلّ مجهولاً .

٤٩٦٠ (فصـــــل)

وإن ساق أحد الشريكين شريكه ، وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين ، فجعل له الثلثين من الثمرة صحّ ، وكان السدس من حصّته المساقاة، فصار كأنه قال : ساقيتُك على نصيبى بالثلث ، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين ، أو على أن يكون للعامل الثلث ، فهى مساقاة فاسدة،لأن العامل يستحقّ نصفها بملكه، ولم يجعل له فى مقابلة عمله شيئاً.

وإذا شرط له الثلث ، فقد شرط أنّ غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ، ويستعمله بلا عوض، فلا يصحّ ، فإذا عمل فى الشجر بناءً على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين ، بحكم الملك ، ولا يستحقّ العامل بعمله شيئاً ، لأنه تبرّع به ، لرضاه بالعمل بغير عوض ، فأشبه مالو قال له : أنا أعملُ فيه بغير شيء ، وذكر

أصحابنا وجهاً آخر : أنه يستحقّ أجر مثله ، لأن المساقاة تقتضى عوضاً،فلا تسقط برضاه بإسقاطه، كالنكاح، ولم يَسْلَم له العوض ، فيكون له أجرُ مثله .

ولنا : أنه عمل فى مال غيره متبرّعاً ، فلم يستحقّ عوضاً ، كما لو لم يعقد المساقاة ، ويفارق النكاح لوجهين :

أحدهما : أن عقد النكاح صحيح ، فوجب به العوض لصحّته ، وهذا فاسد لا يوجب شيئاً .

والثانى : أن الأبْضَاع لا تُستباح بالبَذْل ، والإباحة ، والعملُ ههنا يستباحُ بذلك ، ولأن المهر فى النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد ، أو بالإصابة ، أو بهما ، فإن وجب بالعقد لم يصحّ قياسُ هذا عليه لوجهين :

أحدهما : أن النكاح صحيح ، وهذا فاسد .

والثانى : أن العقد ههنا لا يوجب ، ولو أوجب لأوجب قبل العمل ، ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً ، وإن وجب بالإصابة لم يصحّ القياسُ عليها لوجهين :

أحدهما : أن الإصابة لا تُستباح بالإباحة ، والبذل ، بخلاف العمل .

والثانى : أن الإصابة لو خلت عن العقد لأوجبت ، وهذا بخلافه ، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلّها .

فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معاً ، فالمساقاة فاسدة ، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ، ويتقاصّان العمل . إن تساويا فيه ، وإن كان لأحدهما فضلٌ نظرتَ ، فإن كان قد شرط له فضل ما فى مقابلة عمله استحقّ ما فضل له من أجر المثل ، وإن لم يشترط له شىء فلا شىء له ، إلاّ على الوجه الذى ذكره أصحابنا ، وتكلّمنا عليه .

٤٠٦١ (فصـــل)

وتصحُّ المساقاة على البعل[١] من الشجر ، كما تجوز فيما يحتاج إلى سَقْيٍ ، وبهذا قال مالك : ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوّز المساقاة،لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة فى ذلك ، كدعائها إلى المعاملة فى غيره ، فيقاس عليه ، وكذلك الحكم فى المزارعة .

٤٠٦٢ (فصـــل)

ولا تصحّ المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية ، أو بالصفة التى لا يختلف معها . كالبيع . فإن ساقاه على

(١) البعل : هو ما يشرب بعروقه من الأرض.

بستان بغير رؤية ، ولا صفة لم يصحّ ، لأنه عقد على مجهول ، فلم يصحّ ، كالبيع ، وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصحّ ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها ، باختلاف الأعيان ، فلم يجز على غير معيّن ، كالبيع .

٤٠٦٣ (فصـــل)

وتصحّ المساقاة بلفظ المساقاة ، وما يؤدّى معناها من الألفاظ ، نحو عاملتك ، وفالحتك ، واعمل فى بستانى هذا ، حتى تكمُل ثمرته ، وما أشبه هذا ، لأن القصد المعنى ، فإذا أتى به بأىّ لفظ دلّ عليه صحّ ، كالبيع ، وإن قال : استأجرتُك لتعمل لى فى هذا الحائط حتى تكمُل ثمرته بنصف ثمرته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ ، ذكره أبو الخطّاب ، لأن الإجارة يُشترط لها كون العوض معلوماً ، والعمل معلوماً ، وتكون لازمةً ، والمساقاة بخلافه .

والثانى : يصحّ . وهو أقيس ، لأنه مُؤدٍّ للمعنى ، فصحّ به العقد ، كسائر الألفاظ المتفق عليها .

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد : تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة ، على أن البذر ، والعمل من العامل ، وما ذُكر من شروط الإجارة إنّما يعتبر فى الإجارة الحقيقيّة ، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة ، فلا يُشترط لها غير شرط المزارعة .

٤٠٦٤ (فصـــــــل)

ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة مافيه صلاح الثمرة ، وزيادتها ، مثل حرث الأرض تحت الشجر ، والبقر التى تحرث ، وآلة الحرث ، وسقى الشجر ، واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء ، وتنقيتها ، وقطع الحشيش المضرّ ، والشوك ، وقطع الشجر اليابس ، وزبار الكرم ، وقطع ما يحتاج إلى قطعه ، وتسوية الثمرة ، وإصلاح الأجاجين ، وهى الحُفَر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل ، وإدارة الدولاب ، والحفظ للثمر فى الشجر ، وبعده ، حتى يُقسّم ، وإن كان مما يُشمّس فعليه تشميسُه ، وعلى ربّ المال ما فيه حفظ الأصل ، كسدّ الحيطان ، وإنشاء الأنهار ، وعمل الدولاب ، وحفر بئره ، وشراء ما يُلَقّح به ، وعبّر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال : كلّ ما يتكرر كلّ عامّ ، فهو على العامل ، وما لا يتكرّر فهو على ربّ المال ، وهذا صحيح فى العمل ، فأمّا شراء ما يلقّح به فهو على ربّ المال ، وإن تكرّر ، لأن هذا ليس من العمل ، فأما البقرة التى تُدير الدولاب فقال أصحابنا : هى على ربّ المال ، لأنها ليست من العمل ، فأشبهت ما يلقّح به ، والأولى أنها على العامل ، لأنها تُراد للعمل ، فأشبهت بقر الحرث ، ولأن استقاء الماء على العامل . إذا لم يحتج إلى بهيمة ، فكان عليه ، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال .

وقال بعض أصحاب الشافعىّ : ما يتعلّق بصلاح الأصول والثمرة معاً ، كالكسح للنهر ، والثور هو

على من شرط عليه منهما ، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه ، فشراء ذلك على رب المال ، لأنه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقح به ، وتفريق ذلك في الأرض على العامل ، كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ، ولم يبينا ما على كل واحد منهما ، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه ، وإن شرطا ذلك كان تأكيداً

وإن شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضي ، وأبو الخطاب : لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة ، وهو مذهب الشافعي . لأنه شرط يخالف مقتضى العقد ، فأفسده ، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال .

وقد روى عن أحمد مايدل على صحة ذلك ، فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما ، فإن شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة . لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد ، ولا مفسدة فيه ، فصح ، كتأجيل الثمن في المبيع ، وشرط الرهن ، والضمين ، والخيار فيه ، لكن يشترط أن يكون مايلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع ، والتواكل ، فيختل العمل ، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل ، لأن العامل يستحق بعمله ، فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه ، فلا يستحق شيئاً .

٤٠٦٥ (فصـــل)

فأما الجذاذ ، والحصاد ، واللقاط ، فهو على العامل ، نص أحمد عليه في الحصاد ، وهو مذهب الشافعي لأنه من العمل ، فكان على العامل ، كالتشميس .

وروى عن أحمد في الجذاذ : أنه إذا شرط على العامل فجائز ، لأن العمل عليه ، وإن لم يشرطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما ، وأجاز اشتراطه على العامل ، وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن : تفسد المساقاة بشرطه على العامل ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد ، واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة ، وانقضاء المعاملة ، فأشبه نقله إلى منزله .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم ، دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم ، ولأن هذا من العمل فيكون عليه ، كالتشميس ، وما ذكروه ، يبطل بالتشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل ، فإنه يكون بعد القسمة ، وزوال العقد ، فأشبه المخزن .

٤٠٦٦ (فصـــل)

وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال ، لأن عملهم كعمله ، فإن يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : كما ذكرنا .

والثانى : يجوز . لأن غلمانه ماله ، فجاز أن تعمل تبعاً لماله ، كثور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمةً يحمل عليها ، وأما ربّ المال لايجوز جعله تبعاً ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على مايشترطان عليه ، فإن أطلقا ، ولم يذكرا نفقتهم فهى على ربّ المال ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : نفقتهم على المُساقِي ، ولا ينبغى أن يشرطها على ربّ المال ، لأن العمل على المُساق ، فمؤنة من يعمله عليه ، كمؤنة غلمانه .

ولنا : أنه مملوك ربّ المال ، فكانت نفقته عليه عند الإطلاق ، كما لو أجّره ، فإن شرطها على العامل جاز ، ولايشترط تقديرها ، وبه قال الشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : يشترط تقديرها . لأنه اشترط عليه مالا يلزمه ، فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط .

ولنا : أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ، ولايجب ذكر صفاتها ، فلم يجب تقديرها ، ولابدّ من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية ، أو صفة تحصُل بها معرفتهم ، كما فى عقد الإجارة .

٤٠٦٧ (فصـــــل)

وإن شرط العامل أن أجر الأُجَراء الذين يُحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة ، وقدّر الأجرة ، لم يصحّ ، لأن العمل عليه ، فإذا شرط أجره من المال لم يصحّ ، كما لو شرط لنفسه أجر عمله ، وإن لم يقدّره فسد لذلك ، ولأنه مجهول ، ويُفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمّالين ، ونحوهم . لأن ذلك لايلزم العامل ، فكان على المال ، ولو شرطا أجر مايلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسألتنا .

٤٠٦٨ (فصـــل)

ظاهر كلام أحمد أن المساقاة ، والمزارعة من العقود الجائزة ، أومأ إليه فى رواية الأثرم ، وسُئل عن الأكّار يخرج نفسه من غير أن يُخرجه صاحب الضيعة ، فلم يمنعه من ذلك ، ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد ، وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا : هو عقد لازم ، وهو قول أكثر الفقهاء . لأنه عقد معاوضة ، فكان لازماً ، كالإجارة ، ولأنه لو كان جائزاً جاز لربّ المال فسخهُ إذا أدركت الثمرة ، فيسقط حقّ العامل ، فيستضرّ .

ولنا : ماروى مسلم بإسناده ، عن ابن عمر : أن اليهودَ سألوا رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أن يُقرّهم بخيبر ، على أن يعملوها ، ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر مايخرُج منها ، من تمر ، أو زرع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نُقِرُّكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَاشِئْنَا » ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدّة ، ولا أن يجعل الخيرَة إليه فى مدّة إقرارهم ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلّم لم ينقل عنه أنه قدّر لهم ذلك بمدّة ، ولو قدّر لم يترك نقله . لأن هذا مما يحتاج إليه ، فلايجوز الإخلال بنقله ، وعمر رضى الله عنه

أجلاهم من الأرض ، وأخرجهم من خيبر ، ولو كانت لهم مدّة مقدّرة لم يجز إخراجهم منها . ولأنه عقد على جزء من نماء المال ، فكان جائزاً ، كالمضاربة ، أو عقدٌ على المال بجزء من نمائه ، أشبه المضاربة ، وفارق الإجارة . لأنها بيعٌ ، فكانت لازمةً ، كبيع الأعيان ، ولأن عوضها مقدّر معلوم ، فأشبهت البيع ، وقياسهم ينتقض بالمضاربة ، وهى أشبه بالمساقاة من الإجارة ، فقياسها عليها أولى .

وقولهم إنّه يُفضى إلى أن ربّ المال يفسخ بعد إدراك الثمرة ، قلنا : إذا ظهرت الثمرة ، فهى تظهر على ملكهما ، فلا يسقط حقّ العامل منها بفسخ ، ولا غيره ، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا لا يفتقر إلى ضَرْب مدّة ، ولذلك لم يضرب النبيُّ صلى الله عليه وسلم ، ولا خلفاؤه رضى الله عنهم لأهل خَيْبَرَ مُدَّةً معلومةً حين عاملوهم ، ولأنه عقد جائز ، فلم يفتقر إلى ضرب مدّة ، كالمضاربة ، وسائر العقود الجائزة .

ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهى بينهما على ماشرطاه ، وعلى العامل تمام العمل ، كما يلزم المضارب بيع العروض ، إذا فُسِخت المضاربة بعد ظهور الربح .

وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شىء له ، لأنه رضى بإسقاط حقّه ، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعاملِ الجَعَالةِ إذا فسخ قبل إتمام عمله .

وإن فسخ ربّ المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجرُ المثل للعامل . لأنه منعه إتمام عمله الذى يستحقّ به العوَض ، فأشبه ما لو فسخ الجاعِلُ قبل إتمام عمل الجَعَالة ، وفارق ربّ المال فى المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح . لأن عمل هذا مُفْضٍ إلى ظهور الثمرة غالباً ، فلولا الفسخ لظهرت الثمرة ، فملك نصيبه منها ، وقد قطع ذلك بفسخه ، فأشبه فسخ الجَعَالة ، بخلاف المضاربة ، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ، ولأن الثمرة إذا ظهرت فى الشجر كان العمل عليها فى الابتداء من أسباب ظهورها ، والربح إذا ظهر فى المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً .

فأما إن قلنا : إنه عقد لازم ، فلا يصحّ إلاّ على مدّة معلومة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو ثور : يصحّ من غير ذكر مدّة ، ويقع على سنةٍ واحدةٍ ، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً ، لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدّة تحصُل الثمرة فيها .

ولنا . أنه عقد لازم ، فوجب تقديره بمدّة ، كالإجارة ، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة ، لأنها تقتضى العمل على العين مع بقائها ، ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها ، لأنه يُفضى إلى أن العامل يستبدّ بالشجر كلّ مدّته ، فيصير كالمالك ، ولا يمكن تقديره بالسنة ، لأنه تحكّم ، وقد تكمل الثمرة فى أقلّ من السنة .

فعلى هذا : لا تتقدر أكثر المدّة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدّة التى يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وقد قيل : لا يجوز أكثر من ثلاثين سنةً ، وهذا تحكّم ، وتوقيتٌ لا يُصار إليه إلاّ بنصّ أو إجماع ، فأما أقلّ المدة فيتقدّر بمدّةٍ تكملُ الثمرة فيها ، فلا يجوز على أقلّ منها . لأن المقصود أن يشتركا فى الثمرة ، ولا يوجد فى أقلّ من هذه المدّة ، فإن ساقاه على مدّة لا تكمل فيها الثمرة ، فالمساقاة فاسدة ، فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله فى أحد الوجهين ، وفى الآخر لا شىء له ، لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، فهو كالمتبرّع ، والأول أصحّ ، لأن هذا لم يرض إلا بعوض ، وهو جزء من الثمرة ، وذلك الجزء موجود ، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه ، فلما تعذّر دفع العوض الذى اتفقا عليه إليه كان أجر مثله ، كما فى الإجارة الفاسدة ، وفارق المتبرّع ، فإنه رضى بغير شىء .

وإن لم تظهر الثمرة فلا شىء له فى أصحّ الوجهين . لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، وإن ساقاه إلى مدّة تكمل فيها الثمرة غالباً ، فلم يحمل تلك السنة فلا شىء للعامل ، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النّماء الذى اشتُرِطَ جزؤه ، فأشبه المضاربة إذا لم تربح فيها .

وإن ظهرت الثمرة ، ولم تكمُل فله نصيبه منها ، وعليه إتمام العمل فيها ، كما لو انفسخت قبل كمالها .

وإن ساقاه إلى مدّة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ، ويحتمل أن لا يكون ففى صحّة المساقاة وجهان :

أحدهما : تصحّ . لأن الشجر يحتمل أن يحمل ، ويحتمل أن لا يحمل ، والمساقاة جائزة فيه .

والثانى : لا يصحّ . لأنه عقد على معدوم ، ليس الغالب وجوده ، فلم تصحّ ، كالسلم فى مثل ذلك ، ولأن ذلك غرر أمكن التحرّز عنه ، فلم يجز العقد معه ، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها ، وفارق ما إذا شرط مدّة تكمُل فيها الثمرة ، فإنّ الغالب أن الشجر يحمل ، واحتمال أن لا يحمل نادر ، لم يمكن التحرّز عنه ، فإن قلنا: العقد صحيح فله حصّته من الثمر ، فإن لم يحمل فلا شىء له ، وإن قلنا : هو فاسد استحقّ أجر المثل ، سواء حمل ، أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ، ولم يَسْلَمْ له العوض ، فكان له العوض وجهاً واحداً ، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدّة لا يحمل فى مثلها غالباً ، ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقّه منها ، إذا قلنا بصحّة العقد ، وإن خرجت بعده فلا حق له فيها ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا قريب مما ذكرنا .

٤٦٠٩ (فصـــل)

ولا يثبت فى المساقاة خيار الشرط ، لأنها إن كانت جائزة فالجائز مستغنٍ بنفسه عن الخيار فيه ، وإن كانت لازمةً فإذا فسخ لم يمكن ردّ المعقود عليه ، وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس . فلا يثبت إن كانت جائزةً لما تقدّم ، وإن كانت لازمةً فعلى وجهين :

أحدهما : لا يثبُت ، لأنها عقدٌ لا يشترط فيه قبض العِوَض ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح .

والثانى : يثبت . لأنه عقد لازم ، يُقصد به المالُ ، أشبه البيع .

٤٠٧٠ (فصــل)

ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدّة . لأن إبقاءها إليهما ، وفسخها جائز ، لكلّ واحد منهما متى شاء ، فلم تحتج إلى مدّة ، كالمضاربة ، وإن قدّرها بمدّة جاز . لأنه لا ضرر فى التقدير ، وقد تبيّنا جواز ذلك فى المضاربة ، والمساقاةُ مثلها ، وتنفسخ بموت كلّ واحد منهما ، وجنونه ، والحَجْر عليه لسفَه ، كقولنا فى المضاربة ، فإذا مات العامل ، أو ربّ المال انفسخت المساقاة ، فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقدُ ، ويقوم الوارث مَقام الميّت منهما . لأنه عقد لازم . فأشبه الإجارة . لكن إن كان الميت العامل . فأبى وارثه القيام مَقامه لم يجُز لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على مورّثه إلا ما أمكن دفعه من تركته . والعملُ ليس ممّا يمكن ذلك فيه .

فعلى هذا : يستأجر الحاكم من التركة مَنْ يعمل العمل . فإن لم تكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها . فلربّ المال الفسخُ . لأنه تعذّر استيفاء المعقود عليه . فيثبت الفسخ . كما لو تعذّر ثمن المبيع قبل قبضه .

ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بِيعَ من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل ، واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع ، بِيعَ ، ثم لا يخلو : إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحُها أو لم يبدُ ، فإن كانت قد بدا صلاحها خُيِّر المالك بين البيع والشراء ، فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه ، وباع الحاكم نصيب العامل ، وإن أبى البيعَ والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده ، وما بقى على العامل من العمل يكْترى عليه من يعمله ، وما فضل لورثته .

وإن كان لم يبدُ صلاحها خيّر المالك أيضاً ، فإن بيع لأجنبىّ لم يجز إلا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده ، لأنه لا يمكنه قطعُه إلا بقطع نصيب المالك ، فيقف إمكانُ قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل ، لقولنا بجوازها ، وأبى الوارث العمل ، وإن اختار ربّ المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ ، إذا قلنا بلزومها ، ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ، ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم ، فأنفق مُحتسباً بالرجوع ، وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . لأنه مُضطرّ ، وإن أمكنه استئذان الحاكم ، فأنفق بنيّة الرجوع من غير استئذانه ، فهل

يرجع بذلك ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن تبرّع بالانفاق لم يرجع بشيء ، كما لو تبرّع بالصدقة ، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء .

٤٠٧١ (فصــــل)

وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ، لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم مالو مات ، وأبى وارثه أن يقوم مقامه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالاً ، وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال ، أو غيره فعل.

وإن لم يمكنه ، ووجد من يعمل بأجرة مؤجّلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فإن لم يجد ، فلربّ المال الفسخ ، أما الميّت فلا يقترض عليه ، لأنه لا ذمّة له .

٤٠٧٢ (فصــــل)

والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدّعيه من هلاك ، وما يدّعى عليه من خيانة ، لأن ربّ المال ائتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فإن اتّهم حلف ، فإن ثبتت خيانته بإقرار ، أو ببيّنة ، أو نكوله ضمّ إليه من يُشرف عليه ، فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أصحاب مالك : لا يُقام غيره مقامه ، بل يُحفظ منه ، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة .

ولنا أنه تعذّر استيفاء المنافع المقصودة منه ، فاستُوفيت بغيره ، كما لو هرب ، ولا نسلّم إمكان استيفاء المنافع منه ، لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غَيرك يعمل ذلك ، وارفع يدك عنها ، لأن الأمانة قد تعذّرت فى حقّك ، فلا يلزم ربّ المال ائتمانك ، وفارق فسخه بغير الخيانة ، فإنّه لا ضرر على ربّ المال ، وههنا يفوت ماله .

٤٠٧٣ (فصــــل)

فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضُمّ إليه غيره ، ولا يُنزع من يده ، لأن العمل مستَحَقّ عليه ، ولا ضرر فى بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكليّة أقام مَقامه من يعمل ، والأجرة عليه فى الموضعين ، لأن عليه توفيةَ العمل ، وهذا من توفيته .

٤٠٧٤ (فصــــل)

وإن اختلفا فى الجزء المشروط للعامل ، فالقولُ قول ربّ المال ، ذكره ابن حامد ، وقال مالك : القول قول العامل ، إذا ادّعى ما يُشبه ، لأنّه أقوى سبباً لتسلّمه للحائط ، والعمل ، وقال الشافعيّ : يتحالفان ، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر .

ولنا : أن ربّ المال منكر للزيادة التى ادّعاها العامل ، فيكون القول قوله لقوله عليه السلام « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعى ، واليمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » فإن كان مع أحدهما بيّنة حكم بهما ، وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة ففى أيّهما تقدّم ببينته ؟ وجهان ، بناء على بيّنة الداخل ، والخارج ، فإن كان الشجر لاثنين ، فصدّق أحدهما العامل ، وكذّبه الآخر ، أخذ نصيبه من مال المصدّق ، فإن شهد على المنكر قُبلت شهادته إذا كان عَدْلاً ، لأنه لايجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولايدفع ضرراً ، ويحلف مع شاهده ، وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها ، ولو كان العامل اثنين ، وربُّ المال واحداً ، فشهد أحدهما على صاحبه ، قبلت شهادته أيضاً ، لما ذكرنا .

٤٠٧٥ (فصـــل)

ويملك العامل حصّته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلّها إلاّ واحدةً كانت بينهما ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، والثانى يملكه بالمقاسمة ، كالقِراض .

ولنا : أن الشرط صحيح ، فيثبت مقتضاه ، كسائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كلّ حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ، ولا ملكها ، كالأصول ، وأما القراض ، فإنه يملك الربح فيه بالظهور ، كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال ، فلم يملك حتىّ يسلم رأس المال لربّه ، وهذا ليس بوقاية لشىء ، ولذلك لو تلفت الأصول كلُّها كانت الثمرة بينهما .

فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كلّ واحد منهما زكاة نصيبه ، إذا بلغت حصّتُه نصاباً ، نصّ عليه أحمد فى المزارعة ، وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب ، لأن الخلطة لاتؤثّر فى غير المواشى فى الصحيح ، وعنه أنّها تؤثّر ، فتؤثّر ههنا ، فيبدأ بإخراج الزكاة ، ثم يقْسمان مابقى .

وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر ، فعلى من بلغت حصّته نصاباًالزكاةُ ، دون الآخر ، يخرجها بعد المقاسمة ، إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً مايتمُّ به النصابُ من موضع آخر ، فتجب عليهما جميعاً الزكاة ، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصّته يبلغان بمجموعهما نصاباً ، فعليه الزكاة فى حصّته .

وإن كان أحد الشريكين ممّن لازكاة عليه ، كالمكاتب ، والذمىّ ، فعلى الآخر زكاة حصّته ، إن بلغت نصاباً ، وبهذا كلّه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال الليث : إن كان شريكه نصرانيًا أعلمه أن الزكاة مؤدّاة فى الحائط ، ثم يقاسمه بعد الزكاة مابقى .

ولنا أن النصرانىّ لازكاة عليه ، فلايخرج من حصّته شىء ، كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود فى السنن ، عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانَ رَسولُ الله صَلَّى الله عليه وسلَّم يبعثُ عبدَ الله بنَ رَوَاحةَ

فَيَخرِصُ[(١)] النَّخلَ حينَ يَطِيبُ قَبلَ أنْ يُؤْكَلَ منْهُ ، ثمَّ يُخَيِّرُ يَهُودَ خَيْبَرَ : أيأخذونه بذلك الخَرْصِ ، أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص ، لكى تُحصى الزكاة قبل أن تُؤكل الثمار ، وتفرّق .

قال جابر : خَرصَها ابنُ رواحة أربعين ألف وَسْق ؛ وزعم أن اليهود لمّا خيّرهم ابنُ رواحة أخذوا التَّمْرَ وعليهم عشرون ألف وَسْق [(٢)] .

٤٠٧٦ (فصــــل)

وإن ساقاه على أرض خراجيّة ، فالخارج على ربّ المال . لأنه يجب على الرقبــة ، بدليل أنه يجب ، سواء أثمرت الشجرة ، أو لم تُثمر ، ولأنّ الخراج يجب أجرةً للأرض ، فكان على ربّ الأرض ، كما لو استأجر أرضاً ، وزارع غيره فيها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقد نُقل عن أحمد فى الذى يتقبّل الأرض البيضاء ليعمل عليها ، وهى من أرض السواد يتقبّلها من السلطان ، فعلى من يقبلها أن يؤدّى وظيفةَ عمر رضى الله عنه ، ويؤدّى العُشرَ بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم . إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ، ويؤدّى خراجها ، فإنه يبدأ فيؤدّى خراجها ، ثم يزكّى ما بقى ، كما ذكره الخِرَقىّ فى باب الزكاة ، ولا تَنافىَ بين ذلك ، وبين ما ذكرنا ههنا ، إن شاء الله تعالى .

٤٠٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يجعل له فضل دارهم ﴾

يعنى : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ، ودراهم معلومة ، كعشرة ، ونحوها لم يجُز بغير خلاف ، لأنه ربّما لم يحدُث من النّماء ما يساوى تلك الدراهم ، فيتضرّر ربّ المال ، ولذلك منعنا من اشتراط أقفزة معلومةٍ ، ولو شرط له دراهم منفردةً عن الجزء لم يجُز لذلك ، ولو جعل له ثمرةَ سنةٍ غير السنة التى ساقاه فيها ، أو ثمر شجرٍ غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو شرط عليه عملاً فى غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو عملاً فى غير السنة فسد العقد ، سواء جعل ذلك كلّ حقّه ، أو بعضه ، أو جميع العمل ، أو بعضه ، لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها : أن يعمل فى شجر معيّن بجزء مُشاعٍ من ثمرته فى ذلك الوقت الذى يستحقّ عليه فيه العمل .

٤٠٧٨ (فصــــل)

وإذا ساقى رجلا ، أو زارعه ، فعامل العاملُ غيرهُ على الأرض ، والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال

---

(١) يخرص النخل : يقدر ما عليها من الرطب كم يبلغ إذا صار تمراً .

(٢) الوسق ستون صاعاً .

أبو يوسف ، وأبو ثور ، وأجازه مالك ، إذا جاء برجل أمين . ولنا أنه عامل فى المال بجزء من نمائه ، فلم يجز أن يعامل غيره ، كالمضارب ، ولأنه إنما أذن له فى العمل فيه ، فلم يجز أن يأذن لغيره ، كالوكيل ، فأمّا إن استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها ، لأنها صارت منافعها مستحقّة له ، فملك المزارعة فيها ، كالمالك والأجرة على المستأجر ، دون المزارع ، كما ذكرنا فى الخراج ، وكذلك يجوز لمن فى يده أرض خراجيّة أن يزارع فيها ، لأنه بمنزلة المستأجر لها ، والموقوف عليه أن يزارع فى الوقف ، ويساقيَ على شجره ، لأنّه إمّا مالك لرقبة ذلك ، أو بمنزلة المالك ، ولا نعلم فى هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة ، والمزارعة ، والله أعلم .

٤٠٧٩ (فصــــل)

وإذا ساقاه على وَدِيّ النخل[1] أو صغار الشجر ، إلى مدّة يحمل فيها غالباً ، ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم ، صحّ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر . ونصيبه يقلّ . وهذا لا يمنع صحتّها ، كما لو جعل له سهماً من ألف سهم ، وفيه الأقسام التى ذكرنا فى كبار النخل ، والشجر ، وهى أننا إن قلنا : المساقاة عقدٌ جائز لم نحتج إلى ذكر مدّة ، وإن قلنا : هو لازم ، ففيه ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يجعل المدّة زمناً يحمل فيه غالباً ، فيصحّ ، فإن حمل فيها فله ما شرط له ، وإن لم يحمــل فيها فلا شىء له .

والثانى : أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالباً ، فلا يصحّ ، وإن عمل فيها ، فهل يستحِقّ الأجر ؟ على وجهين ، وإن حمل فى المدّة لم يستحقّ ما جُعل له ، لأن العقد وقع فاسداً ، فلم يستحقّ ما شرط فيه .

والثالث : أن يجعل المدة زمناً يحتمل أن يحمل فيها ، ويحتمل أن لا يحمــل ، فهل يصحّ ؟ على وجهين ، فإن قلنا : لا يصحّ استحقّ الأجر ، وإن قلنا : يصحّ ، فحمل فى المدة استحقّ ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها ، لم يستحقّ شيئاً ، وإن شرط نصف الثمرة ، ونصف الأصل لم يصحّ ، لأن موضوع المساقاة أن يشتركا فى النماء ، والفائدة ، فإذا شرط اشتراكهما فى الأصل لم يجز ، كما لو شرط فى المضاربة اشتراكهما فى رأس المال ، فعلى هذا يكون له أجر مثله ، وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدّة بقائها ، لم يجز ، وإن جعل له ثمرةَ عامٍ بعد مدّة المساقاة لم يجز ، لأنه يخالف موضوعَ المساقاة .

٤٠٨٠ (فصــــل)

وإن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل فيه ، حتى يحمل ، ويكون له جزء من الثمرة معلوم ، صحّ أيضاً ، والحــكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر ، على ما بيّنّاه .

(١) ودى : بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار النخل . أو أصغر النخل .

وقد قال أحمد فى رواية المروزىّ ، فى رجل قال لرجل : اغرس فى أرضى هذه شجراً ، أو نخلاً ، فما كان من غَلَّة فلك بعمل كذا ، وكذا سهماً ، من كذا ، وكذا ، فأجازه ، واحتجّ بحديث خَيْبَر فى الزرع، والنخيل ، لـكن بشرط أن يكون الغَرْسُ من ربّ الأرض ، كما يُشترط فى المزارعة كونُ البذر من ربّ الأرض ، فإن كان من العامل خرّج على الروايتين ، فيما إذا اشتُرِط البذرُ فى المزارعة من العامل .

وقال القاضى : المعـاملة باطلة ، وصاحب الأرض بالخيار بين تـكليفه قلعها ، ويضمن له أرش نقصها ، وبين إقرارها فى أرضه ، ويدفع إليه قيمتها ، كالمشترى إذا غرس فى الأرض التى اشتراها ، ثم جاء الشفيع فأخذها ، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك ، سواء بذل له القيمة ، أو لم يبذلها ، لأنه ملـكه ، فلم يمنع تحويله ، وإن اتفقا على إبقاء الغِراس ، ودفع أجر الأرض جاز .

ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها ، على أن الشجر بينهما لم يجز ، على ما سبق ، ويحتمل الجواز ، بناء على المزارعة ، فإن المزارع يبذُر فى الأرض ، فيـكون الزرع بينه ، وبين صاحب الأرض ، وهذا نظيره .

وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما . فالمعاملة فاسدة ، وجهاً واحداً ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه شرط اشتراكهما فى الأصل ، ففسد ، كما لو دفع إليه الشجر ، والنخيل ، ليـكون الأصل ، والثمرة بينهما ، أو شرط فى المزارعة كون الأرض والزرع بينهما .

٤٠٨١ (فصـــل)

وإن ساقاه على شجر ، فبان مستَحَقًا بعد العمل أخذه ربّه ، وثمرته ، لأنه عين ماله ، ولاحقّ للعامل فى ثمرته ، لأنه عمل فيها بغير إذن مالـكها ، ولا أجر له عليه ، لذلك ، وله أجر مثله على الغاصب ، لأنه غرّه ، واستعمله ، فلزمه الأجر ، كما لو غصب نُقْرَةً ، فاستأجر[1] مَنْ ضَرَبَها دراهمَ ، وإن شمّس الثمرة ، فلم تنقص أخذها ربُّها ، وإن نقصت فلربها أرشُ نقصها ، ويرجع به على من شاء منهما ، ويستقرّ ذلك على الغاصب ، وإن استحقّت بعد أن اقتسماها ، وأكلاها ، فلربّها تضمين من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الـكلّ ، وله تضمينه قدر نصيبه ، ويضمن العامل قدر نصيبه . لأن الغاصب سببُ يد العامل ، فلزمه ضمان الجميع ، فإن ضمّنه الـكلّ رجع على العامل بقدر نصيبه ، لأن التلف وُجد فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه ، ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله .

ويحتمل أن لا يرجع الغاصبُ على العامل بشىء ، لأنه غرّه فلم يرجـع عليه ، كما لو أطعم إنسانا شيئاً، وقال له : كله ، فإنّه طعامى ، ثم تبيّن أنه مغصوب ، وإن ضمّن العامل احتمل أنّه لا يضمّنه إلا نصيبه

(١) النقرة: القطعة السائلة .

خاصـة ، لأنه ما قبض الثمرة كلّها ، وإنما كان مراعياً لها ، وحافظاً ، فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها .

ويحتمل أن يضمّنه الـكلّ . لأن يده ثبتت على الـكلّ مشاهدةً بغير حق ، فإن ضمّنه الـكلّ رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها ، وأجر مثله ، وإن ضمّن كلّ واحد منهما ما صار إليه رجـع العامل على الغاصب بأجر مثله ، لا غيرُ .

وإن تلفت الثمرة فى شجرها ، أو بعد الجِذَاذ قبل القسمة ، فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال : يلزمه ضمانها ، ومن «جعله»[1] لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها قال : لا يلزمه الضمان ، ويكون على الغاصب .

(١) لفظ جعله ساقط من جميع نسخ الأصل ولا بد منه لصحة الـكلام ، ولعله سهو من الناسخ .

باب المزارعة

٤٠٨٢ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ وتجوز المزارعة ببعض مايخرج من الأرض ﴾

معنى المزارعة : دفع الأرض إلى من يزرعها ، أو يعمل عليها ، والزرع بينهما ، وهى جائزة فى قول كثير من أهل العلم ، قال البخارىّ ، قال أبوجعفر : ما بالمدينة أهل بيت إلاّ ويزرعون على الثلث ، والربع ، وزارع علىّ ، وسعد ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وعروة ، وآل أبى بكر ، وآل علىّ وابن سيرين ، وممّن رأى ذلك سعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وعبدالرحمن بن الأسود ، وموسى بن طلحة ، والزهرىّ وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، وابنه ، وأبو يوسف ، ومحمد ، ورُوى ذلك عن معاذ ، والحسن ، وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخارىّ : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذْر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ، ومجاهد ، والنخَعِىّ وأبوحنيفة .

ورُوى عن ابن عباس الأمران جميعاً ، وأجازها الشافعىّ فى الأرض بين النخيل، إذا كان بياض الأرض أقلّ ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها فى الأرض البيضاء . لما روى رافع بن خَدِيج ، قال : كُنَّا نُخابِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ ، فذكر أن بعض عُمومته أتاه فقال : نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً . وطواعيةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع ، قال : قلنا : ماذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، ولاَ يُكْرِيها ، بِثُلُثٍ ، ولاَ بِرُبُعٍ ، ولا بِطَعَامٍ مُسمًّى » وعن ابن عمر قال : ما كنّا نرى بالمزارعة بأساً ، حتى سمعنا رافع بن خَديج يقول : نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وقال جابر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلّها أحاديث صحاح ، متفق عليها .

والمخابرة : المزارعة، واشتقاقها من الخبار[1] وهى الأرض اللّيِّنة، والخبير الأكّار[2] ، وقيل : المخابرة معاملة أهل خَيْبَرَ . وقدجاء حديث جابر مُفسّراً . فروى البخارىّ عن جابر . قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف .فقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَتْ له أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت . فروى أبو داود بإسناده . عن

---

(١) الخبار : بفتح الخاء والباء مالان من الأرض واسترخى .

(٢) الأكار : الحراث الذى يحرث الأرض أى الفلاح الذى يعمل بالأجر.

زيد . قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، قلت:وما المخابرة ؟ قال « أَنْ يَأْخُذَ الأَرْضَ بِنِصْفٍ أَوْ ثُلُثٍ . أَوْ رُبُعٍ » .

ولنا : ما روى ابن‌عمر قال « إِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ » متفق عليه . وقد رَوى ذلك ابن عباس . وجابر بن عبد الله .

وقال أبو جعفر : عامل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشَّطْر ، ثم أبو بكر ، ثم عمر ، وعثمان ، وعليّ ، ثم أهلوهم إلى اليوم ، يعطون الثلث ، والربع ، وهذا أمر صحيح ، مشهور ، عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدون ، حتى ماتوا ، ثم أهلوهم من بعدهم ، ولم يبق بالمدينة أهلُ بيتٍ إلا عمل به ، عَمِل به أزواجُ رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده ، فروى البخاري عن ابن عمر : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم عَامَل أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ . أَوْ ثَمَرٍ ، فَكَانَ يُعْطِي أَزْوَاجَهُ مِائَةَ وَسْقٍ ، ثَمَانُونَ وَسْقًا تَمْرًا وَعِشْرُونَ وَسْقًا شَعِيرًا . فَقَسَّمَ عُمَرُ خَيْبَر ، فَخَيَّرَ أَزْوَاجَ النَّبِيّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُقْطِعَ لَهُنَّ مِنَ الأَرْضِ وَالْمَاءِ . أَوْ يُمْضِيَ لَهُنَّ الأَوْسُقَ ، فَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الأَرْضَ . وَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الأَوْسُقَ . فَكَانَتْ عَائِشَةُ اخْتَارَتْ الأَرْضَ .

ومثل هذا لا يجوز أن يُنْسَخ ، لأنّ النسخ إنّما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما شيء عمل به إلى أن مات ، ثم عمل به خلفاؤه بعده ، وأجمعت الصحابة رضوانُ الله عليهم عليه ، وعملوا به ، ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ؟ ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نُسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم . فكيف عَمِل به بعد نسخه ؟ وكيف خَفِي نسخه فلم يبلغ خلفاءه . مع اشتهار قصّة خيبر . وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتّى لم يذكره ، ولم يُخبرهم به ؟

فأما ما احتجّوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه :

أحدها : أنه قد فسّر المنهيّ عنه في حديثه بما لا يُختلف في فساده ، فإنه قال : كُنّا من أكثر الأنصار حَقْلاً ، فكنّا نُكرِي الأرض على أنّ لنا هذه ، ولهم هذه ، فربّما أخرجت هذه ، ولم تُخرج هذه ، فنهانا عن ذلك ، فأما بالذهب ، والورق . فلم ينهنا . متفق عليه ، وفي لفظٍ : فأما شيءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُون فلا بَأْسَ ، وهذا خارج عن محلّ الخلاف . فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارُض بين الحديثين .

الثاني : أن خبره ورد في الكراء بثلث ، أو ربع ، والنزاع في المزارعة ، ولم يدل حديثه عليها أصلاً ، وحديثه الذي فيه المزارعة يُحمل على الكراء أيضاً ، لأن القصّة واحدة ، رُويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر .

الثالث : أن أحاديث رافع مضطرب به جداً ، مختلفة اختلافاً كثيراً ، يوجب ترك العمل بها لو انفردت ، فكيف تقدّم على مثل حديثنا ؟

قال الإمام أحمد : حديث رافع ألوان ، وقال أيضاً : حديث رافع ضُرُوبٌ ، وقال ابن المنذر : قد جاءت الأخبار عن رافع بِعلل تدلّ على أن النهى كان لذلك .

(منها) الذى ذكرناه ، ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة: زيد ابن ثابت، وابن عباس ، قال زيد بن ثابت : أنا أعلم بذلك منه ، وإنمّا سمع النبىصلّى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا ، فقال : « إِنْ كَانَ هَذَا شأْنُكُمْ فَلا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ » رواه أبوداود ، والأثرم، وروى البخارىّ عن عمرو ابن دينار ، قال : قلتُ لطاوس : لو تَرَكْتَ المخابرة ، فإنهم يزعمون أن النبىّ صلى الله عليهوسلم نهى عنها ، قال : إنّ أعلمهم — يعنى ابن عباس — أخبرنى أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم لم ينه عنها ، ولكن قال : « أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا »

ثم إن أحاديث رافع ، منها مايُخالف الإجماع ، وهو النهى عن كراء المزارع على الإطلاق ، ومنها مالا يُختلف فى فساده ، كما قدْ بيّنا ، وتارةً يحدّث عن بعض عمومته ، وتارةً عن سماعه ، وتارةً عن ظُهَيْرْ ابن رافع ، وإذا كانت أخبار رافع ، هكذا وجب إخراجها ، واستعمال الأخبار الواردة فى شأن خيبر ، الجارية مجرى التواتر ، التى لا اختلاف فيها،وبها عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية .

الجواب الرابع أنه لو قدّر صحة خبر رافع ، وامتنع تأويله ، وتعذّر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ ، لأنه لابدَّ من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيلُ القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولاً به من جهة النبىّ صلّى الله عليه وسلم إلى حين موته ، ثم من بعده إلى عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر فى النهى عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التى حُمل عليها خبر رافع ، فإنه قد رَوى حديث خيبر أيضا، فيجب الجمع بين حديثيه، مهما أمكن ، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر ، لاستحالة نسخها ، كما ذكرنا ، وكذلك القول فى حديث زيد بن ثابت . فإن قال أصحاب الشافعىّ : تحمل أحاديثكم على الأرض التى بين النخيل ، وأحاديث النهى على الأرض البيضاء جمعاً بينهما ، قلنا : هذا بعيد لوجوه خمسة .

أحدها : أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتى منها أربعون ألف وَسْقٍ ، ليس فيها أرض بيضاء ، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض ، فينقل الرواة كلّهم القصّة على العموم ، من غير تفصيل مع الحاجة إليه .

الثانى : أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه ، وما ذكرناه دلّ عليه بعض الروايات ، وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث ، والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسّره راويه به أولى من التحكّم بما لا دليل عليه .

الثالث : أن قولهم يُفضى إلى تقييد كلّ واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده .

الرابع : أن فيما ذكرناه موافقةَ عمل الخلفاء الراشدين ، وأهليهم ، وفقهاء الصحابة ، وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وسنّته ، ومعانيها ، وهو أولى من قول من خالفهم .

الخامس : أن ما ذهبنا إليه مجمعٌ عليه ، فإن أبا جعفر رَوى ذلك عن كلّ أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة ، وأهليهم : وفقهاء الصحابة ، واستمرار ذلك ، وهذا مما لا يجوز خفاؤه ، ولم ينكره من الصحابة منكر ، فكان إجماعاً ، وماروى فى مخالفته فقد بيّنا فساده ، فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضى الله عنهم ، ولا يَسُوغ لأحدٍ خلافُه ، والقياس يقتضيه ، فإنّ الأرض عين تَنْمَى بالعمل فيها ، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها ، كالأثمان فى المضاربة ، والنخل فى المساقاة ، أو نقول : أرض ، فجازت المزارعة عليها ، كالأرض بين النخيل ، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة ، لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها ، والعمل عليها ، والأَكَرَةُ يحتاجون إلى الزرع ، ولا أرض لهم ، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة ، كما قلنا فى المضاربة ، والمساقاة ، بل الحاجة ههنا آكدُ ، لأن الحاجة إلى الزرع آكدُ منها إلى غيره ، لكونه مُقتاتاً ، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها ، بخلاف المال ، ويدلّ على ذلك قولُ راوى حديثهم : نَهانَا رسولُ الله صلى الله عليه وسلّم عن أمرٍ كان لنا نافعا ، والشارعُ لا ينهى عن المنافع ، وإنما ينهى عن المضارّ ، والمفاسد ، فيدلّ ذلك على غَلط الراوى فى المنهى عنه ، وحصول المنفعة فيما ظنّه منهيًّا عنه .

إذا ثبت هذا فإنّ حكم المزارعة حكم المساقاة ، فى أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع ، وفى جوازها ، ولزومها ، وما يلزم العامل ، وربّ الأرض وغير ذلك من أحكامها .

٤٠٨٣ (فصـــل)

وإذا كان فى الأرض شجر ، وبينه بياض أرض ، فساقاه على الشجر ، وزارعه على الأرض التى بين الشجر ، جاز ، سواء قلّ بياض[1] الأرض ، أو كثر ، نصّ عليه أحمد ، وقال : قد دفع النبيّ صلّى الله عليه وسلم خيبر على هذا ، وبهذا قال كلّ من أجاز المزارعة فى الأرض المفردة ، فإذا قال : ساقيتُك على الشجر ، وزراعتُك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال : عاملتك على الأرض ، والشجر على النصف جاز ، لأن

(١) بياض الأرض : الأرض الخالية من الشجر .

المعاملة تشملهما ، وإن قال : زراعتك على الأرض بالنصف ، وساقيتك على الشجر بالربع ، جاز ، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ، ويجعل له فى كل نوع قدراً ، وإن قال : ساقيتك على الأرض ، والشجر بالنصف جاز ، لأن المزارعة مساقاة ، من حيث إنها تحتاج إلى السقى فيها ، لحاجة الشجر إليه .

وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض ، وتصح فى النخل وحده ، وقيل : ينبنى على تفريق الصفقة .

ولنا : أنه عبّر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق ، فصح كما لو عبّر بلفظ البيع فى السلم ، ولأن المقصود المعنى ، وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال فى الأرض البيضاء : ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال : ساقيتك على الشجر بالنصف . ولم يذكر الأرض لم تدخل فى العقد ، وليس للعامل أن يزرع ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ، وأبو يوسف : للداخل زرع البياض ، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح ، لأن الداخل يسقى لرب الأرض ، فتلك زيادة ازدادها عليه .

ولنا : أن هذا لم يتناوله العقد ، فلم يدخل فيه ، كما لو كانت أرضاً مفردة .

٤٠٨٤ (فصل)

وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة ، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها ، وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر ، وأجازه مالك ، إذا كان الشجر بقدر الثلث ، أو أقل لأنه يسير ، فيدخل تبعاً .

ولنا أنه اشترط الثمرة كلها ، فلم يجز ، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث .

٤٠٨٥ (فصل)

وإن أجّره بياض أرض ، وساقاه على الشجر الذى فيها جاز ، لأنهما عقدان ، يجوز إفراد كل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع والإجارة ، ويحتمل أن لا يجوز ، بناء على الوجه الذى لا يجوز الجمع بينهما فى الأصل ، والأول أولى ، إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها ، أو قبل بدو صلاحها ، فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين ، أو عقدا أحدهما بعد الآخر ، لما ذكرنا فى إبطال الحيل .

٤٠٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ إذا كان البذر من رب الأرض ﴾

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض ، والعمل من العامل ، نص عليه

أحمد في رواية جماعة، واختاره عامّة الأصحاب، وهو مذهب ابن سيرين، والشافعيّ وإسحاق، لأنه عقدٌ يشترك العاملُ وربّ المال في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كلّه من عند أحدهما، كالمساقاة، والمضاربة.

وقد رُوى عن أحمد ما يدلّ على أن البذر يجوز أن يكون من العامل، فإنّه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرضُ فيها نَخْلٌ، وشجر: يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض، ويقومون على الشجر، على أنّ له النصف، ولهم النصف: فلا بأس بذلك، وقد دفع النبيُّ صلّى الله عليه وسلم خيبرَ على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر، فعلى هذا أيهّما أخرج البذر جاز، ورُوى نحوُ ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وهو قول أبي يوسف، وطائفةٍ من أهل الحديث، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

ورُوى عن سعد، وابن مسعود، وابن عمر: أن البذر من العامل، ولعلّهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل، فيكون كقول عمر، ولا يكون قولا ثالثا.

والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر: دفع رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إلى يهودِ خَيْبَرَ نخلَ خَيْبَرَ، وأرضَها على أن يَعملُوها من أموالهم، ولرسولِ الله صلّى الله عليه وسلم شَطْرُ ثَمرَتِها.

وفي لفظٍ على أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شَطْر ما يَخرُج منها أخرجهما البخاريّ، فجعل عملها من أموالهم، وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئا آخر، وظاهرُه أن البذر من أهل خيبر.

والأصل المعوّل عليه في المزارعة قصّة خيبر، ولم يذكر النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين، ولو كان شرطًا لما أخلّ بذكره، ولو فعله النبيّ صلّى الله عليه وسلم، وأصحابُه لنُقل، ولم يجُز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضى الله عنه فعل الأمرين جميعاً، فإنّ البخاريّ روى عنه أنه عامل الناس على أنه: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر، فلم ينكر، فكان إجماعاً.

فإن قيل: هذا بمنزلة بيعتين في بيعة، فكيف يفعله عمر رضى الله عنه؟ قلنا: يحتمل أنه قال ذلك ليخيرّهم في أي العقدين شاءوا، فمن اختار عقداً عقده معهُ معيّناً، كما لو قال في البيع: إن شئت بِعْتُكه بعشرةٍ صحاحٍ. وإن شئت بأحد عشر مكسورةٍ، فاختار أحدهما، فعقد البيع معه عليه مُعيّناً، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر، أو شروعه في العمل بغير بذر مع إقرار عمر له. على ذلك، وعلمه به جرى مجرى العقد، ولهذا رُوى عن أحمد رحمه الله صحّة الإجارة، فيما إذا قال: إن خِطْتَهُ رُوميًّا فلك درهم، وإن خِطْتَهُ فارسيًّا فلك نصف درهم.

وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النصّ، والإجماع اللذين ذكرناهما، فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان، وبدن صاحب أحدهما.

٤٠٨٧ (فصـــل)

فإن كان البذر منهما نصفين ، وشرطا أنّ الزرع بينهما نصفان ، فهو بينهما ، سواء قلنا بصحّة المزارعة أو فسادها . لأنها إن كانت صحيحةً فالزرع بينهما على ما شرطاه ، وإن كانت فاسدةً فلكلّ واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحّتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شَرْط صحتها إخراج ربّ المال البذر فهى فاسدة ، فعلى العامل نصف أجر الأرض ، وله على ربّ الأرض نصف أجر عمله ، فيتقاصّان بقدر الأقلّ منهما ، ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل .

وإن شرطا التفاضُل فى الزرع ، وقلنا بصحّتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ، ولا تراجع بينهما .

وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ، ويتراجعان ، كما ذكرنا ، وكذلك إن تفاضلا فى البذر ، وشرطا التساوىَ فى الزرع ، أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره ، أو أقلّ .

٤٠٨٨ (فصـــل)

فإن قال صاحب الأرض : أجرتُك نصف أرضى هذه بنصف بَذْرك ، ونصف منفعتك ، ومنفعةِ بَقَرِك وآلَتك ، وأخرجَ المزارعُ البَذر كلّه لم يصحّ ، لأن المنفعة غيرُ معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرةً لأرض أخرى ، أو دارٍ لم يجز ، ويكون الزرع كلّه للمزارع ، وعليه أجرُ مثل الأرض .

وإن أمكن علم المنفعة ، وضبطها بما لا تختلف معه ، ومعرفة البذر جاز ، وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصّح لأن البذر عوض ، فيشترط قبضُه ، كما لو كان مبيعاً ، وما حصل فيه قبض .

وإن قال : أجرتك نصف أرضى بنصف منفعتك ، ومنفعة بقرك ، وآلتك ، وأخرجا البذر ، فهى كالتى قبلها ، إلا أن الزرع يكون بينهما على كلّ حال .

٤٠٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن اتفقا على أن يأخذ ربّ الأرض مثل بذره ، ويقتسما ما بقى لم يجز ﴾

وكانت للمزارع أجرة مثله ، وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ، ويصير الزرع للمزارع ، وعليه أجرة الأرض ، أما إذا اتّفقا على أن يأخذ ربّ الأرض مثل بذره ، فلا يصحّ . لأنه كأنه اشترط لنفسه قُفْزاناً معلومةً ، وذلك شرط فاسد ، تفسُد به المزارعة ، لأن الأرض ربّما لا يخرج منها إلا تلك القُفْزان ، فيختصّ ربّ المال بها ، وربّما لا تخرجها الأرض ، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبنىّ على الروايتين فى صحّة هذا الشرط .

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد ، فإذا أخرج المزارع البذر فسدت ، كما لو أخرج العامل فى المضاربة رأس المال من عنده ، ومتى فسدت المزارعة فالزرعُ لصاحب البذر . لأنهُ عينُ ماله ، ينقلب من حالٍ إلى حالٍ ، وينمو ، فصار كصغار الشجر إذا غرس ، فطال ، والبيضة إذا حُضِنتْ ، فصارت فرخاً ، والبذرُ ههنا من المزارع ، فكان الزرع له ، وعليه أجر الأرض . لأن ربّها إنّما بذلها له بعوض لم يَسْلم له ، فرجع إلى عوض منافعها ، النابتة ، بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من ربّ الأرض كان الزرع له ، وعليه أجر مثل العامل ، لذلك .

وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ، ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التى فيها نصيب العامل ، وأجر العامل بقدْرعمله فى نصيب صاحب الأرض .

٤٠٩٠ (فصــــل)

وإن زارعه على أن لربّ الأرض زرعاً بعينه ، وللعامل زرعاً بعينه ، مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية ، وللآخر زرع أخرى ، أو يشترط أحدهما ما على السواقى ، والجداول ، إمّا منفرداً ، أو مع نصيبه ، فهو فاسد بإجماع العلماء . لأن الخبر صحيح فى النهى عنه ، غير معارض ، ولا منسوخ . ولأنه يؤدّى إلى تلف ما عيّن لأحدهما دون الآخر ، فينفرد أحدهما بالغلّة دون صاحبه .

٤٠٩١ (فصــــل)

والشروط الفاسدة فى المساقاة ، والمزارعة تنقسم قسمين .

أحدهما : ما يعود بجهالة نصيب كلّ واحد منهما ، مثل ماذكرنا ههنا ، أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولا ، أو دراهم معلومة ، أو أقفزةً معيّنة ، أو أنه إن سُقِى سَيْحاً فله كذا ، وإن سُقِىَ بِـكُلْفةٍ فله كذا ، فهذا يُفسدها ، لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه ، فأشبه البيع بثمن مجهول ، والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما .

وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فسادُ العقد . لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لربّ البذر ، لـكونه نماء ماله ، فلا يحصُل لربّ الأرض شىء منه ، ويستحقّ الأجر ، وهذا معنى الفساد .

فأما إن شرط مالا يُفضى إلى جهالة الربح ، كعمل ربّ المال معه ، أو عمل العامل فى شىء آخر ، فهل تفسُد المساقاة ، والمزارعة ؟ يخرّج على روايتين ، بناء على الشرط الفاسد فى البيع ، والمضاربة .

٤٠٩٢ (فصــــل)

وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه فى أرضه ، ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضاً . لأنّ البذر ليس من ربّ الأرض ، ولا من العامل ، ويـكون الزرع لصاحب البذر ، وعليه أجر الأرض ،

والعمل . وإن قال صاحب الأرض لرجل : أنا أزرع الأرض ببذرى ، وعواملى ، ويكون سَقْيُها من مائك ، والزرع بيننا ، ففيها روايتان :

إحداهما : لا يصحّ ، اختارها القاضى ، لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ، ولا عمل ولا بذر . لأن الماء لا يُباع ، ولا يستأجر ، فكيف تصحّ المزارعة به ؟

والثانية : يصحّ . اختارها أبو بكر ، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان ، وحرب ، لأن الماء أحدُ ما يحتاج إليه فى الزرع ، فجاز أن يكون من أحدهما ، كالأرض ، والعمل ، والأول أصحّ . لأنّ هذا ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، لما ذكرناه .

٤٠٩٣ (فصــــل)

وإن اشترك ثلاثة ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر ، والعمل ، على أنّ مارزق الله بينهم ، فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نصّ عليه فى رواية أبى داود ، ومهنا ، وأحمد بن القاسم . وذكر حديث مجاهد فى أربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم ، فقال أحدهم : علىّ الفَدّانُ[1] ، وقال الآخر : قِبَلى الأرض ، وقال الآخر : قِبَلى البَذْر ، وقال الآخر : قِبَلى العملُ فجعل النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر ، وألغى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كلّ يوم درهماً ، ولصاحب الفَدّان شيئاً معلوماً . فقال أحمد : لا يصحّ ، والعمل على غيره .

وذكر هذا الحديث سعيدُ بن منصور ، عن الوليد بن مسلم ، عن الأوزاعىّ ، وعن واصل بن أبى جميل ، عن مجاهد ، وقال فى آخره : فحدّثت به مكحولاً ، فقال : ما يَسُرّنى بهذا الحديث وصيفاً[2] ، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التى ذكرناها فى صدر الفصل ، وهما فاسدان . لأن موضوع المزارعة على أن البذر من ربّ الأرض ، ومن العامل ، وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة . لأن الشركة تكون بالأثمان ، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ، ولم يوجد شىء من ذلك ههنا . وليست إجارةً لأن الإجارة تفتقر إلى مدّة معلومة ، وعوض معلوم ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

فعلى هذا : يكون الزرع لصاحب البذر ، لأنه نَماء ماله ، ولصاحبَيْه عليه أجر مثلهما ، لأنهما دخلا على أن يَسْلَم لهما المسمّى ، فإذا لم يَسْلَم عادا إلى بدله ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور .

(١) الفدان : الثور أو الثوران يقرن بينهما للحرث . أو هو الآلة التى يحرث بها الثوران الأرض (المحراث ونحوه).

(٢) هكذا بالأصول ، والوصيف الخادم أو الخادمة ، والأسلوب الصحيح رفع (وصيف) ، لانصبه ، لأنه فاعل يسرنى إلا إذا قدرت جملة قبل وصيف أى (ما يسرنى بهذا الحديث أنى ملكت وصيفا) وفى ذلك شطط .

وقال أصحاب الرأى : يتصدّق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البـذر ، ولا تلزمه الصدقة به ، كسائر ماله :

ولو كانت الأرض لثلاثة ، فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ، ودوابّهم ، وأعوانهم ، على أنّ ما أخرج الله بينهم ، على قدر مالهم ، فهو جائز ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً . لأن أحدهم لا يفضل صاحبَيه بشيء .

٤٠٩٤ (فصـــل)

وإذا زارع رجلاً ، وآجره أرضه ، فزرعها ، وسقط من الحبّ شيء ، فنبت فى تلك الأرض عاماً آخر فهو لصاحب الأرض . نصّ عليه أحمـد فى رواية أبى داود ، ومحمـد بن الحارث ، وقال الشافعىّ : هو لصاحب الحبّ . لأنه عين ماله ، فهو كما لو بذره قصداً .

ولنا : أن صاحب الحبّ أسقط حقّه منه بحكم العرف ، وزال ملكه عنه . لأن العـادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهـذا أبيح التقاطه ، ورعيه ، ولا نعلم خلافاً فى إباحة التقاط ما خلّفه الحصادون من سنبل وحبّ وغيرهما ، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له ، وصار كالشيء التافه يسقط منه كالثمـرة ، واللقمة ، ونحوهما ، والنوى لو التقطه إنسـان فغرسه ، كان له دون مَنْ سقط منه ، كذا ههنا .

٤٠٩٥ (فصـل)

في إجارة الأرض

تجوز إجارتها بالورق ، والذهب ، وسائر العروض ، سوى المطعوم ، فى قول أكثر أهل العلم ، قال أحمد : قلّما اختلفوا فى الذهب ، والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوامّ أهل العـلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز ، بالذهب ، والفضة ، روينا هذا القول عن سعيد ، ورافع بن خَدِيج ، وابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعروة ، والقاسم ، وسالم ، وعبـد الله بن الحارث ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ورُوى عن طاوس ، والحسن ، كراهة ذلك لما رَوى رافع : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى عن كِراء المزارع ، متفق عليه .

ولنا : أن رافعاً قال : أمّا بالذهب ، والورق ، فلم ينهنا ، يعنى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه ، ولمسلم « أمّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فَلاَ بَأْسَ » وعن حنظلة بن قيس : أنه سأل رافع بن خَدِيج . عن كراء الأرض ، فقال : نهى رَسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن كِراء الأرض ، قال : فقلت : بالذهب والفضّة ؟

قال : إنّما نَهى عنها ببعض ما يخرُج منها ، أمّا بالذهب ، والفضّة فلا بأس ، متفق عليه ، وعن سعدٍ قال : كنّا نُكرى الأرضَ بما على السواقى ، وما سعد(١) بالماء منها ، فنهانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وأمرنا أن نُكريها بذهب ، أو فضة ، رواه أبو داود ، ولأنها عينٌ يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فجازت إجارتها بالأثمان ، ونحوها كالدور .

والحكم فى العروض كالحكم فى الأثمان ، وأما حديثهم فقد فسّره الراوى بما ذكرنا عنه ، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، وحديثنا مفسِّر لحديثهم ، فإن راويهما واحد ، وقد رواه عامًّا وخاصًّا ، فيُحمل العامُّ على الخاصّ لسائر الأحاديث ، والقياس ، وقول أكثر أهل العلم .

فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يؤجّرها بطعوم غير الخارج منها ، معلوم ، فيجوز ، نصّ عليه أحمد ، فى رواية الحسن بن ثواب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم سعيد بن جُبَير ، وعِكرِمة ، والنخَعِىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ومنع منه مالك ، حتى منع إجارتها باللبَن والعسَل ، وقد روى عن أحمد : أنه قال : ربّما تهيَّبْتُهُ ، قال القاضى : هذا من أحمدَ على سبيل الورَع ، ومذهبه الجواز ، والحجّة لمالك ماروى رافع ابن خَديج ، عن بعض عُمومته ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلا يُكرِيهَا بِطعَامٍ مُسَمًّى ». رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وروى ظُهَيْرُ بن رافع ، قال: دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال . « ما تَصْنَعُونَ بِمحَاقِلكُمْ ؟ » قلت : نُؤَاجِرُها عَلَى الرُبعِ أو عَلَى الأَوسُقِ مِنَ التّمر ، أو الشَّعير ، قال : لا تفعلوا ، ازرعوها ، أو أَمْسِكُوهَا » متفق عليه ، وروى أبو سعيد ، قال : نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن الُمحاقَلةِ والمحاقلةُ اسْتِكْراءُ الأرْضِ بالحِنْطَةِ .

ولنا قول رافع ، فأمّا بشَىْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فَلاَ بَأس به ، ولأنّه عوض معلوم ، مضمون ، لا يُتّخذ وسيلةً إلى الرّبا ، فجازت إجارتها به كالأثمان ، وحديث ظُهيَر بن رافع قد سبق الكلام عليه فى المزارعة ، على أنه يحتمل النهى عن إجارتها بذلك ، إذا كان خارجاً منها ، ويحتمل النهى عنه إذا آجرها بالرّبع ، والأوسُق ، وحديث أبى سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة ، إذا اكتراها لزرع الحنطة .

القسم الثانى : إجارتها بطعامٍ معلوم من جنس ما يُزرع فيها ، كإجارتها بقُفْزانِ حنطة ، لزرعها ، فقال أبو الخطاب : فيها روايتان .

إحداها : المنع ، وهى التى ذكرها القاضى مذهباً ، وهى قول مالك ، لما تقدّم من الأحاديث ، ولأنها

---

(١) سعد بالماء أى روى بالماء .

ذريعة إلى المزارعة عليها بشىء معلوم من الخارج منها ، لأنه يجعل مكان قوله : زارعتك ، آجَرْتُك ، فتصيرُ مزارعةً بلفظ الإجارة ، والذرائع مُعتبرةٌ .

والثانية : جواز ذلك ، اختارها أبو الخطّاب ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ لما ذكرنا فى القسم الأول ، ولأنّ ما جازت إجارتُه بغير المطعوم جازت به ، كالدُّور .

القسم الثالث : إجارتها بجزء مُشاعٍ ممّا يخرُج منها ، كنصفٍ ، وثلثٍ ، وربعٍ ، فالمنصوص عن أحمد جوازه ، وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصحّ ، وهو قول أبى حنيفة، والشافعىّ، وهو الصحيح ، إن شاء الله ، لما تقدّم من الأحاديث فى النهى من غير مُعارض لها ، ولأنها إجارة بعوض مجهول ، فلم تصحّ ، كإجارتها بثلث ما يخرج من أرضٍ أخرى ، ولأنّها إجارةٌ لعين ببعض نمائها ، فلم تجز ، كسائر الأعيان ، ولأنه لا نصّ فى جوازها ، ولا يُمكن قياسُها على المنصوص ، فإن النصوص إنما وردت بالنهى عن إجارتها بذلك ، ولا نعلم فى تجويزها نصّاً ، والمنصوص على جوازه إجارتها بذهب ، أو فضة ، أو شىءٍ مضمون ، معلومٍ ، وليست هذه كذلك ، فأمّا نصّ أحمد فى الجواز فيتعيّن حمله على المزارعة بلفظ الإجارة ، فيكون حكمها حكم المزارعة فى جوازها ، ولزومها ، وفيما يلزم العامل ، وربّ الأرض ، وسائر أحكامها ، والله أعلم .

كتاب الإجارات

الأصل فى جواز الإجارة الكتاب ، والسنّة ، والإجماع .

أمّا الكتابُ فقول الله تعالى (٦٥ : ٦ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[1] ، وقال تعالى : (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا : يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ، قَالَ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِيَ حِجَجٍ ، فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ[2]) .

وروى ابن ماجه فى سننه ، عن عُتْبَة بن النُّدَّر ، قال : كنّا عند رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قِصّة موسى ، قال « إنّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ حِجَجٍ ، أَوْ عَشْراً عَلَى عِفَّةِ فَرْجِهِ ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ » وقال الله تعالى (فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ ، قالَ: لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً[3]) وهذا يدلّ على جواز أخذ الأجر على إقامته .

وأمّا السنة : فثبت أن رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم ، وأبا بكر استأجرا رجلاً من بنى الدِّيل هَادِياً خِرِّيتاً[4] ، وروى البخارىّ عن أبى هريرة ، رضى الله عنه : أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : « قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِى ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ ، وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » والأخبار فى هذا كثيرة .

وأجمع أهل العلم فى كلّ عصر ، وكلّ مِصْرٍ على جواز الإجارة ، إلا ما يُحكى عن عبد الرحمن بن الأصمّ أنّه قال : لا يجوز ذلك ، لأنه غرر ، يعنى أنه يعقد على منافع لم تُخلق ، وهذا غلط ، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار ، وسار فى الأمصار ، والعبرة أيضاً دالّة عليها ، فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلمّا جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع ، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك ، فإنه ليس لكلّ أحد دارٌ يملكها ، ولا يقدر كلّ مسافر على بعير أو دابّة يملكها ، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم ، وحملهم تطوّعاً ، وكذلك أصحابُ الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كلّ أحد عمل ذلك ، ولا يجد متطوّعاً به ، فلا بدّ من الإجارة ، لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق،

(١) بعض الآية ٦ من سورة الطلاق .
(٢) الآية ٢٦ وبعض الآية ٢٧ من سورة القصص
(٣) بعض الآية ٧٧ من سورة الكهف .
(٤) الخريت : الدليل الحاذق.

حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يُلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تتلف بمضىّ الساعات ، فلا بدّ من العقد عليها قبل وجودها ، كالسلم فى الأعيان .

٤٠٩٦ (فصــــل)

واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى [لَوْ شِئْتَ لاَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً] ومنه سمّى الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يعوّض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبته .

٤٠٩٧ (فصــل)

وهى نوع من البيع ، لأنها تمليكٌ من كلّ واحد منهما لصاحبه ، فهى بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه يصحّ تمليكها فى حال الحياة ، وبعد الموت ، وتُضمن باليد ، والإتلاف ، ويكون عوضها عيناً ، وديناً ، وإنما اختصّت باسم كما اختصّ بعض البيوع باسم ، كالصرف ، والسلم .

إذا ثبت هذا فإنّها تنعقد بلفظ الإجارة ، والكراء ، لأنهما موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تنعقد به ، لأنها بيع ، فانعقدت بلفظه ، كالصرف .

والثانى : لا تنعقد به ، لأن فيها معنًى خاصاً ، فافتقرت إلى لفظ يدلّ على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تُضاف إلى العين التى يُضاف إليها البيع إضافةً واحدةً ، فاحتيج إلى لفظ يعرف ، ويفرق بينهما ، كالعقود المتباينة ، ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم ، والاسم ، فأشبه النكاح .

٤٠٩٨ (فصــــل)

ولا تصحّ إلا من جائز التصرّف ، لأنها عقد تمليك فى الحياة ، فأشبه البيع .

٤٠٩٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على مدّة معلومة ، بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملةً فى وقت العقد ، إلا أن يشترطا أجلاً ﴾ .

هذه المسألة تدلّ على أحكام ستّة .

أحدها : أن المعقود عليه المنافع ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفه ، وأكثر أصحاب الشافعىّ .

وذكر بعضهم : أن المعقود عليه العين ، لأنها الموجودة ، والعقد يُضاف إليها ، فيقول : أجرتك دارى ، كما يقول : بعتكها .

ولنا : أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد ، وذلك هو المنافع ، دون الأعيان ، ولأن الأجر فى مقابلة المنفعة ، ولهذا تُضْمَن دون العين ، وما كان العوض فى مقابلته فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين ، لأنها محلّ المنفعه ، ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان ، والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال : أجّرتك منفعةَ دارى جاز . الثانى : أن الإجارة إذا وقعت على مدّة يجب أن تكون معلومةً ، كشهرٍ ، وسنَة ، ولا خلاف فى هذا نعلمه ، ولأن المدّة هى الضابطة للمعقود عليه ، المعرّفة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فإنّ قدر المدّة بسنَةٍ مُطلقة حمل على سنَة الأهلّة ، لأنها المعهودة فى الشرع ، قال الله تعالى (يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فإن شرط هلاليةً كان تأكيداً ، وإن قال : عدديّة ، أو سنةً بالأيام كان له ثلاثمائة ، وستّون يوماً ، لأن الشهر العدديّ يكون ثلاثين يوماً .

وإن استأجر سنةً هلاليّة أوّل الهلال ، عد اثنى عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تامًّا أو ناقصاً لأن الشهر الهلالىّ ما بين الهلالين ينقصُ مرّةً ويزيد أخرى .

وإن كان العقد فى أثناء شهرٍ عُدّ ما بقى من الشهر ، وعدّ بعده أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمّل الشهر الأول بالعدد . ثلاثين يوماً ، لأنه تعذّر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد ، وأمكن إستيفاء ماعداه بالهلال ، فوجب ذلك ، لأنه الأصل .

وحكى عن أحمد رحمه الله روايةً أخرى : أنّه يستوفى الجميع بالعدد ، لأنها مدّة يستوفى بعضها بالعدد ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدّة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الأول ينبغى أن يكمّل من الشهر الذى يليه ، فيحصُل ابتداء الشهر الثانى فى أثنائه ، فكذلك كلّ شهر يأتى بعده ، ولأبى حنيفة ، والشافعىّ ، كالروايتين ، وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة .

وإن جعلا المدة سنةً روميةً ، أو شمسيّة ، أو فارسيّةً ، أو قبطيّةً ، وكانا يعلمان ذلك جاز ، وكان له ثلاثُمائةٌ وخمسةٌ وستون يوماً ، فإن الشّهور الروميّة منها سبعة ، أحد وثلاثون يوماً ، وأربعة ثلاثون يوماً ، وشهر واحد ، ثمانية وعشرون يوماً ، وشهورُ القبط كلّها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهُم السنةَ الروميّة .

وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح ، لأن المدةّ مجهولة فى حقّه ، وإن أجّره إلى العيد انصرف إلى الذى يليه ، وتعلّق بأول جزء منه ، لأنه جعله غايةً ، فتنتهى مدّة الاجارة بأوله .

وقال القاضى : لا بدّ من تعيين العيد فطراً ، أو أضحى من هذه السنة ، أو سنةَ كذا ، وكذلك

الحكم إن علّقه بشهر يقع اسمه على شهرين ، كجمادى ، وربيع ، يجب على قوله أن يذكر الأول ، أو الثانى من سنة كذا .

وإن علقه بشهر مفرد ، كرجب ، وشعبان ، فلابد أن يبيّنه من أىّ سنةٍ ، وإن علّقه بيوم فلابدّ على قوله أن يبيّنه من أىّ أسبوع ، وإن علقّه بعيد من أعياد الكفّار صحّ إذا علماه ، وإلاّ لم يصحّ ، وقد مضى نحو من هذا .

٤١٠٠ (فصـــل)

ولا يشترط فى مدة الاجارة أن تلى العقد ، بل لو أجرّه سنةَ خمس ، وهما فى سنة ثلاثٍ ، أو شهرَ رجب فى المحرّم صحّ ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ إلا أن يستأجرها مَنْ هى فى إجارته ، ففيه قولان ، لأنه عقد على مالا يمكن تسليمه فى الحال ، فأشبه إجارة العين المغصوبة ، قال : ولا يجوز أن يكترى بعيراً بعينه ، إلا عند خروجه لذلك .

ولنا : أن هذه مدّة يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مُفردةً ، مع عموم الناس ، كالتى تلى العقد ، وإنما تُشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم ، كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ، ولا القدرة عليه حال العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة ، أو غير مشغولة ، لما ذكرناه ، وما ذكروه يبطل بما إذا أجرّها من المكترى ، فإنه يصحّ مع ما ذكروه .

إذا ثبت هذا ، فإنّ الاجارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد ، وإن كانت لا تليه فلابدّ من ذكر ابتدائها ، لأنه أحد طرفى العقدة ، فاحتيج إلى معرفته ، كالانتهاء ، وإن أطلق فقال : أجرّتك سنةً أوشهراً صحّ ، وكان ابتداؤه من حين العقد ، وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة ، وقال الشافعىّ ، وبعض أصحابنا : لا يصحّ حتى يُسمِّى الشهر ، ويذكر أى سنةٍ هى؟ ، فإن أحمد قال فى رواية إسماعيل بن سعيد : إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يُسمِّى الشهر .

ولنا : قول الله تعالى إخباراً عن شُعَيب عليه السلام (عَلَى أَنْ تأجُرَنى ثَمَانِيَ حِجَجٍ) ولم يذكر ابتداءها ، ولأنه تقدير بمدّة ليس فيها قُربة ، فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب الموجب ، كمدة السلَم ، والإيلاء ، وتُفارق النذر ، فإنه قُربة .

٤١٠١ (فصـــل)

ولا تتقدّر أكثر مدّة الإجارة ، بل تجوز إجارةُ العين المدّة التى تبقى فيها ، وإن كثرت ، وهذا قول كافّة أهل العلم ، إلا أنّ أصحاب الشافعىّ اختلفوا فى مذهبه ، فمنهم من قال : له قولان :

أحدهما . كقول سائر أهل العلم ، وهو الصحيح .

الثانى : لا يجوز أكثر من سنةٍ ، لأنّ الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ، ومنهم من قال : له قول ثالث . أنّها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الغالب أنّ الأعيان لا تبقى أكثر منها ، وتتغيّر الأسعار : والأجرُ .

ولنا : قول الله تعالى إخباراً عن شُعيب عليه السلام أنه قال (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ) وشرعُ مَن قبلنا شرعٌ لنا ما لم يَقُمْ على نسخه دليل ، لأن ما جاز العقد عليه سنةً جاز أكثر منها ، كالبيع ، والنّكاح ، والمساقاة ، والتقدير بسنةٍ ، وثلاثين تحكّم لا دليل عليه ، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه ، أو نقصان منه .

وإذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كلّ سنة ، فى ظاهر كلام أحمد ، كما لو استأجر سنةً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ شهر بالاتفاق ، ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ يوم ، ولأن المنفعة كالأعيان فى البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كلّ عين ، كذلك ههنا .

وقال الشافعىّ فى أحد قوليه كقولنا ، وفى الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ سنة ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فلا يأمن أن ينفسخ العقد ، فلا يَعلم بم يرجع ، وهذا يبطل بالشهور . فإنّه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها ، مع الاحتمال الذى ذكروه .

٤١٠٢ (فصــــل)

والاجارة على ضربين .

أحدهما : أن يعقدها على مدّة .

الثانى : أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخياطة قميص ، وحملٍ إلى موضع معيّن ، فإذا كان المستأجَر مما له عمل ، كالحيوان جاز فيه الوجهان ، لأن له عملاً تتقدّر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل ، كالدار ، والأرض لم يجز إلا على مدّة ، ومتى تقدّرت المدّة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرُغ من العمل قبل انقضاء المدّة ، فإن استعمل فى بقية المدّة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل فى بعض المدّة ، وقد لا يفرغ من العمل فى المدّة ، فإن أتمه عمل فى غير المدّة ، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرّز عنه ، ولم يوجد مثله فى محلّ الوفاق ، فلم يجز العقد معه .

ورُوى عن أحمد فيمن اكترى دابّة إلى موضع على أن يدخله فى ثلاث ، فدخله فى ستٍّ ، فقال : قد أضرّ به ، فقيل : يرجع عليه بالقيمة ؟ قال : لا يُصالحه ، وهذا يدلّ على جواز تقديرهما جميعاً ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد بن الحسن ، لأن الاجارة معقودة على العمل ، والمدّة مذكورة للتعجيل ، فلا يمتنع ذلك .

فعلى هـذا ، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدّة لم يلزمه العمل فى بقيّتها ، لأنه وفّى ما عليه قبل مدّته ، فلم يلزمه شىء آخر ، كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدّة قبل العمل ، فللمستأجر فسخ الاجارة ، لأن الأجير لم يفِ له بشرطه ، وإن رضى بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ ، لأن الاخلال بالشرط منه ، فلا يكون ذلك وسيلةً له إلى الفسخ ، كما لو تعذّر أداء المسلّم فيه ، فى وقته ، لم يملك المسلم إليه الفسخ ، ويملكه المسلِمُ ، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير ، كالمسلم إذا صبر عند تعذّر المسلم فيه إلى حين وجوده ، لم يكن له أكثر من المسلّم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شىء من العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شىء منه ، فله أجر مثله ، لأن العقد قد انفسخ ، فسقط المسمّى ، ورجع إلى أجر المثل ،

٤١٠٣ (فصـــــل)

ومن اكترى دابّة إلى العِشاء ، فآخِر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : آخرها زوال الشمس ، لأن العشاء آخرُ النهار ، وآخر النهار النصفُ الآخر من الزوال ، ولذلك جاء فى حديث ذى اليدين ، عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : صَلَّى بِنَا النبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم إحْدَى صَلاَتَىِ العَشِىِّ يَعْنِى الظُّهرَ أو العَصْرَ ، هكذا تفسيره .

ولنا قول الله تعالى (مِنْ بَعْدِ صَلاَةِ العِشَاء[1]) يعنى العَتَمةَ[2] ، وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَوْلاَ أنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِى لأَخَّرْتُ العِشَاء إلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ » وإنّما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمىّ العِشاء الآخِرَة ، فدلّ على أن الأولى المغرب ، وهو فى العُرف كذلك ، فوجب أن يتعلّق الحكم به ، لأن المدّة إذا جعلت إلى لوقت تعلّقت بأوله ، كما لو جعلها إلى الليل .

وما ذكروه لا يصحّ لأنّ لفظ العشىّ غيرُ لفظ العِشاء ، فلايجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر ، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو وثبت أن معناهما واحد غير أنّ أهل العُرف لا يعرفونه فلا يتعلّق به حكم ، وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشِىِّ ، لأنّ أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه .

وإن اكتراها إلى الليل فهو إلى أوله ، وكذلك إن اكتراها إلى النهار فهو إلى أوله ، ويتخرّج أن يدخل الليل فى المدّة الأولى ، والنهار فى الثانية ، لما ذكرناه فى مدّة الخيار ، والأول أصحّ .

وإن اكتراها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكتراها ليلةً فهى إلى طلوع الفجر ، فى قول

---

(١) بعض الآية ٥٨ من سورة النور .

(٢) نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن تسمية العشاء العتمة ، ولكن الشارح عبر بها للتعريف بأن العشاء هى الأخيرة لأن المغرب تسمى العشاء أيضاً .

الجميع ، لأن الله تعالى قال . في ليلة القدر (سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ[١]) وقال تعالى (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ — ثم قال — فالآن باشروهنَّ ، وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ[٢]) .

٤١٠٤ (فصــــــل)

وإن اكترى فُسطاطاً إلى مكة ، ولم يقل متى أخرُج فالكراء فاسد ، وبه قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعيّ ، وقال أصحاب الرأى : يجوز استحساناً ، بخلاف القياس .

ولنا أنها مدّة غير معلومة الابتداء ، فلم يجُز ، كما لو قال : أجّرتك دارى من حين يخرُج الحاجُّ إلى آخر السنة ، وقد اعترفوا بمخالفته للدليل ، وما ادّعوه دليلا لا نُسلّم كونه دليلاً .

٤١٠٥ (فصــــل)

(الحكم الثالث) أنه يُشترط فى عِوَض الإجارة كونه معلوماً ، لا نعلم فى ذلك خلافاً ، وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً ، كالثمن فى البيع ، وقد رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ » ويُعتبر العلم بالرؤية ، أو بالصفة ، كالبيع سواء ، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر ، كالصُّبرة احتمل وجهين .

أشبههما الجواز ، لأنه عوض معلوم ، يجوز به البيع ، فجازت به الإجارة ، كما لو علم قدره .

والثانى : لا يجوز ، لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصُّبرة ، فلا يدرى بكم يرجع ، فاشترط معرفة قدره ، كعوض المسلَم فيه ، والأول أولى .

وظاهر كلام الخِرَقىّ أن العلم بالقدر فى عوض السلم ليس بشرط ، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أُجريتْ مُجرى الأعيان ، لأنها متعلّقة بعينٍ حاضرةٍ ، والسلم يتعلّق بمعدوم ، فافترقا ، وللشافعىّ نحوٌ مما ذكرنا فى هذا الفصل .

٤١٠٦ (فصــــل)

وكل ما جاز ثمناً فى البيع جاز عِوضاً فى الإجارة ، لأنه عقدُ معاوضةٍ ، أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً ، ومنفعةً أخرى ، سواء كان الجنس واحداً ، كمنفعة دارٍ بمنفعة أخرى ، أو مختلفاً ، كمنفعةِ دارٍ بمنفعةِ عبدٍ ، قال أحمد : لا بأس أن يكترىَ بطعامٍ موصوف ، معلوم ، وبهذا كلّه قال الشافعىّ ،

---

(١) آخر سورة القدر (٢) بعض الآية ١٨٧ من سورة البقرة

قال الله تعالى إخباراً عن شُعَيبَ أنه قال (إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ [١]) فجعل النكاح عوض الإجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حُكي عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ، لأن الجنس الواحد عنده يحرّم النَّساء ، وكره الثوريّ الإجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه ، وهو قول إسحق ، وأصحاب الرأى ، وقياس قول الشافعيّ ، لأنه عوض يجوز فى البيع ، فجاز فى الإجارة ، كالذهب والفضّة ، وماقاله أبو حنيفة لا يصحّ ، لأن المنافع فى الإجارة ليست فى تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئةً ماجاز فى جنسين ، لأنه يكون بيْع دَيْنٍ بدَيْنٍ .

٤١٠٧ (فصـل)

ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمةً بجلدها لم يجز ، لأنه لا يعلم : هل يخرج الجلدُ سليماً ، أولا ؟ وهل هو ثخين ، أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً فى البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً فى الإجارة كسائر المجهولات ، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره لطرح مَيْتةٍ بجلدها ، فهو أبلغ فى الفساد ، لأن جلد الميتة نجسٌ لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكا ، وإن فعل فله أجر مثله أيضاً .

٤١٠٨ (فصـل)

ولو استأجر راعياً لغنم بثلث درّها ونسلها ، وصوفها ، وشعرها أو نصفه ، أو جميعه لم يجز ، نصّ عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد النَّسائيّ ، لأن الأجر غيرُ معلوم ، ولا يصلح عِوَضاً فى البيع ، وقال إسماعيل ابن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ، ويتحفَّظها ، وما ولدت من ولد بينهما ، فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأن العوض مجهول ، معدوم . ولا يدرى : أيوجد أم لا ؟ والأصل عدمه . ولا يصلحُ أن يكون ثمناً . فإن قيل : فقد جوّزتم دفع الدابّة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها ؟ قلنا : إنما جاز ثَمّ تشبيهاً بالمضاربة . لأنها عين تَنْمَى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء ، والمساقاة . كالمضاربة ، وفى مسألتنا لا يمكن ذلك ، لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدّةً معلومةً بنصفها ، أو جزء معلوم منها صحّ ، لأن العمل ، والأجر ، والمدّة معلوم ، فصحّ ، كما لو جعل الأجر دراهم ، ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها فى الحال ، فيكون له نماؤه ، كما لو اشتراه .

٤١٠٩ (فصـل)

(الحكم الرابع) أن الإجارة إذا تمّت ، وكانت على مدّة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدّة ، ويكون حدوثها على ملكه ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجّر ولا يملكها

المستأجر بالعقد ، لأنها معدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمرة ، والولد .

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصُل به تصرّف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرّف فيها ، كتصرفه فى العين ، فلمّا أجّرها صار المستأجر مالكاً للتصرّف فيها ، كما كان يملكه المؤجّر ، فثبت أنها كانت مملوكةً لمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد ، والثمرة ، فإن المستأجر لا يملك التصرّف فيها ، وقولهم : إن المنافع معدومة ، قلنا : هى مقدّرة الوجود ، لأنها جُعلت مورداً للعقد ، والعقد لا يرد إلا على موجود .

٤١١٠ (فصـــل)

(الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الأجرة بمجرّد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً ، كما يملك البائع الثمن بالبيع ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحقّ المطالبة بها إلا يوماً بيوم ، إلا أن يشترط تعجيلها .

قال أبو حنيفة : إلاّ أن تكون معيّنة ، كالثوب ، والعبد ، والدار ، لأن الله تعالى قال « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ » فأمر بإيتائهنّ بعد الارتضاع ، وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « ثَلاَثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجِيرًا فَاسْتَوفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أجْرَهُ » فتوعّد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب ، وروى عنه عليه السلام أنه قال « أعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ » رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض لم يملك مُعوّضه ، فلم يجب تسليمه ، كالعوض فى العقد الفاسد ، فإنّ المنافع معدومة لم تملك ، ولو ملكت فلم يتسلّمها ، لأنه يتسلّمها شيئاً فشيئاً ، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم فى العقد .

ولنا : أنه عوض أطلق ذكره فى عقد معاوضة ، فيستَحَقّ بمطلق العقد ، كالثمن ، والصداق ، أو نقول : عوض فى عقد يتعجّل بالشرط ، فوجب أن يتعجّل بمطلق العقد ، كالذى ذكرنا ، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع فى الرضاع ، أو تسليم نفسها : كما قال تعالى « فَإِذَا قَرَأْتَ القُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ[1] » ، أى إذا أردت القراءة ، ولأن هذا تمسّك بدليل الخطاب ، ولا يقولون به ، وكذلك الحديث .

يحقّقه أن الأمر بالإيتاء فى وقت لا يمنع وجوبه قبله ، كقوله « فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ »[2] ، والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث . ويدل عليه أنه إنّما

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء

توعّد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل وقد قالوا : يجب الأجر شيئاً ، فشيئاً ، ويحتمل أنه توعّده على ترك الإيفاء فى الوقت الذى تتوجّه المطالبة فيه عادةً .

جواب آخر : أنّ الآية ، والأخبار إنّما وردت فيمن استُؤجر على عمل ، فأمّا ما وقعت الإجارة فيه على مدّة ، فلا تعرض لها به ، وأما إذا كانت الإجارة على عمل ، فإن الأجر يُملك بالعقد أيضاً ، لكن لا يستحقّ تسليمه إلا عند تسليم العمل .

قال ابن أبى موسى : من استُؤجر لعملٍ معلومٍ استحقّ الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استُؤجر فى كلّ يوم بأجرٍ معلوم فله أجرُ كلّ يوم عند تمامه .

وقال أبو الخطاب : الأجر يُملك بالعقد ، ويستحقّ بالتسليم ، ويستقرّ بمضىّ المدة ، وإنما توقّف استحقاق تسليمه على العمل ، لأنه عوض ، فلا يستحقّ تسليمه إلا مع تسليم المعوّض ، كالصداق ، والثمن فى المبيع ، وفارق الإجارة على الأعيان لأن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ، ومتى كان على منفعةٍ فى الذمّة لم يحصُل تسليم المنفعة ، ولا ما يقوم مقامها ، فتوقّف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل ، وقولهم : لم يملك المنافع ، قد سبق الجواب عنه ، فإن قيل : فإن المؤجّر إذا قبض الأجر انتفع به كلّه بخلاف المستأجر ، فإنه لا يحصُل له استيفاء المنفعة كلها ، قلنا : لا يمتنع هـــذا ، كما لو شرطا التعجيل ، أو كان الثمن عيناً .

٤١١١ (فصـــــل)

(الحكم السادس) أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله، وإن شرطه مُنجَّماً يوماً ، يوماً ، أو شهراً ، شهراً ، أو أقلّ من ذلك ، أو أكثر فهو على ما اتّفقا عليه ، لأن إجارة العين كبيعها ، وبيعها يصحّ بثمن حالّ ، أو مؤجّل ، فكذلك إجارتها .

٤١١٢ (فصـــل)

وإذا استوفى المستأجر المنافع استقرّ الأجر ، لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقرّ عليه البدل ، كما لو قبض المبيع ، وإن سلّمت إليه العين التى وقعت الإجارة عليها ، ومضت المدّة ، ولا حاجز له عن الانتفاع استقرّ الأجر ، وإن لم ينتفع ، لأن المعقود عليه تلف تحت يده ، وهى حقّه ، فاستقرّ عليه بدلها ، كثمن المبيع ، إذا تلف فى يد المشترى ، وإن كانت الإجارة على عمل ، فتسلّم المعقود عليه ، ومضت مدّة يُمكن استيفاء المنفعة فيها ، مثلُ أن يكترىَ دابّةً ليركبها إلى حمص ، فقبضها ، ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ، فقال أصحابنا : يستقرّ عليه الأجرُ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، فاستقرّ الضمان عليه . كما لو تلفت العين فى يد المشترى ، وكما لو كانت الإجارة على مدّة ، فمضت .

وقال أبو حنيفة : لا يستقرّ الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة ، لأنه عقد على منفعة غير مؤقّتة بزمن ، فلم

يستقرّ بدلها قبل استيفائها ، كالأجر للأجير المشترك ، فإن بذل تسليم العين ، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدّة استقرّ الأجر عليه ، لأن المنافع تلفت باختياره في مدّة الإجارة ، فاستقرّ عليه الأجر ، كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل ، فقال أصحابنا : إذا مضت مدّة يمكن الاستيفاء فيها استقرّ عليه الأجر ، وبهذا قال الشافعيّ ، لأن المنافع تلفت باختياره .

وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه ، وهو أصحّ عندي ، لأنه عقدٌ على ما في الذمّة ، فلم يستقرّ عوضُه ببذل التسليم ، كالمسلَم فيه ، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقّتة بزمن ، فلم يستقرّ عوضُها بالبذل ، كالصّداق إذا بذلت تسليم نفسها ، وامتنع الزوجُ من أخذها ، وإن كان هذا في إجارة فاسدةٍ ، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه ، لأنها لم تتلف تحت يده ، ولا في ملكه ، وإن قبضها ، ومضت المدّة أو مدّة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، أو لا يمكن ، ففيه أحد روايتان :

إحداهما : عليه أجر المثل لمدّة بقائها في يده ، وهو قول الشافعيّ ،لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض، لم يسلَم له ، فرجع إلى قيمتها ، كما لو استوفاها .

والثانية : لا شيء له ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد فعليه أجرُ المثل ، وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يجب أقلّ الأمرين ، من المسمّى ، أو أجر المثل ، بناءً منه على أن المنافع لا تُضمن إلا بالعقد .

ولنا : أن ما ضُمن بالمسمّى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد ، كالأعيان ، وما ذكره لا نسلّمه والله أعلم .

٤١١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على كلّ شهر بشيء معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضّي كلّ شهر ﴾ :

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أجّرتك هذا كل شهر بدرهم ، فاختلف أصحابنا : فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة ، وهو المنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور ، واختيار الخِرَقيّ إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد ، لأنه معلوم يلي العقد ، وله أجر معلوم ، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبّس به ، وهو السكنى في الدار ، إن كانت الإجارة على دارٍ ، لأنه مجهول حال العقد ، فإذا تلبّس به تعيّن بالدخول فيه ، فصحّ بالعقد الأول ، وإن لم يتلبّس به ، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كلّ شهر يأتي ، وهذا مذهب أبي ثور . وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك نحوُ هذا . إلا أنّ الإجارة لا تكون لازمةً عنده . لأن المنافع متقدّرة بتقدير الأجر ، فلا يحتاج إلى ذكر المدّة . إلا في

اللزوم . واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر ، وأبو عبد الله بن حامد : أنّ العقد باطلٌ وهو قول الثورىّ ، والصحيح من قولى الشافعىّ ، لأن كلّ اسم للعدد ، فإذا لم يقدّره كان مبهماً مجهولاً ، فيكون فاسداً ، كما لو قال : أجّرتك مدّة ، أو شهراً ، وحمل أبو بكر ، وابن حامد كلام أحمد فى هذا ، على أنّ الإجارة وقعت على أشهُر معيَّنة .

ووجه الأول . « أن عليًّا رضى الله عنه استقى لرجل من اليهود كلّ دَلْو بتَمْرة ، وجاء به إلى النبىّ صلّى الله عليه وسلم يأ كُلُ مِنهُ ، قال علىّ : كنتُ أدْلُوا الدّلْوَ بتَمْرَة ، وأشترطها جَلْدة ، وعن رجلٍ من الأنصار : أنه قال ليهودىّ : أسقى نَخْلَكَ ؟ قال : نعم ، كلّ دَلْو بتَمْرَة ، واشترط الأنصارىّ أن لا يأخذها خَدِرَةً[1] ، ولا تارِزةً ، ولا حَشَفَةً ، ولا يأخذ إلا جَلْدَةً فاستقى بنحو من صاعين ، فجاء به إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم » . رواهما ابن ماجه ، فى سننه ، وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه فى كلّ شهر مع ما تقدّم فى العقد من الإنفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دلّ على التراضى بها .

فعلى هذا : متى ترك التلبّس به فى شهرٍ لم تثبُت الإجارة فيه ، لعدم العقد ، وإن فسخ ، فكذلك ، وليس بفسخ فى الحقيقة ، لأن العقد فى الشهر الثانى ما ثبت ، فأمّا أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبّسا بالشهر الثانى فقد اتّصل القبضُ بالعقد الفاسد ، وهو عذر غير صحيح ، لأن العقد الفاسد فى الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يُضمن بالمسمّى ، ثم لم يحصل القبض ههنا ، إلا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصحّ ، لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

٤١١٤ (فصــــل)

إذا قال : أجّرتك دارى عشرين شهراً ، كلّ شهر بدرهم جاز ؛ بغير خلاف نعلمه ، لأن المدّة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ، لأنها مدّة واحدة ، فأشبه ما لو قال : آجَرْتُكَ عشرين شَهْراً بعِشْرينَ دِرْهَماً ، وإن قال : آجرتكها شهراً بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك صحّ فى الشهر الأول ، لأنه أفرده بالعقد ، وبطل فى الزائد لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصحّ فى كلّ شهر تلبّس به كما لو قال : آجرتُكها كلّ شهر بدرهم ، لأن معناهما واحد ، ولو قال : آجَرتكها هذا الشهر بدرهم ، وكلّ شهر بعد ذلك بدرهم ، أو قال : بدرهمين . صحّ فى الأول . وفيما بعده وجهان .

٤١١٥ (فصــــل)

والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب

---

(١) الخدرة : الثمرة تقع من النخل قبل أن تنضج ، والتارزة : اليابسة لاروح فيها ، والحشفة : أردأ التمر ، أو الضعيفة لانوى لها ، أو اليابسة الفاسدة .

الرأى ، وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازماً كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنّما اختصّت باسم كما اختصّ الصرف ، والسلم باسم ، وسواء كان له عذر ، أو لم يكن ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يجوز للمكترى فسخها لعذر فى نفسه ، مثل أن يكترى جملاً ليَحُجّ عليه ، فيمرض ، فلا يتمكّن من الخروج ، أو تضيع نفقته ، أو يكترى دُكّاناً للبَزّ ، فيحترق متاعه ، وما أشبه هذا ، لأن العذر يتعذّر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فملك به الفسخ ، كما لو استأجر عبداً فأبق .

ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر ، فلم يجز لعذر فى غير المعقود عليه ، كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذرِ المكترى ، لجاز لعذرِ المُكْرِى تسويةً بين المتعاقدين ، ودفعاً للضرر عن كلّ واحد من العاقدين ، ولم يجز ثَمّ فلا يجوز ههنا ، ويُفارق الإباق ، فإنّه عذر فى المعقود عليه .

٤١١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن استأجر عقاراً مدّة بعينها ، فبدا له قبل تقضّيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة ﴾ .

وجملته أن الإجارة عقد لازم ، يقتضى تمليك المؤجّر الأجرَ ، والمستأجر المنافع ، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدّتها ، وترك الانتفاع اختياراً منه ، لم تنفسخ الإجارة ، والأجر لازم له ، ولم يزُل ملكه عن المنافع ، كما لو اشترى شيئاً ، وقبضه ، ثم تركه ، قال الأثرم : قلتُ لأبى عبدالله : رجل اكترى بعيراً ، فلمّا قدم المدينة قال له : فاسِخْنِى ، قال : ليس ذلك له ، قد لزمه الكراء ، قلت : فإنّ مرض المستكرى بالمدينة ، فلم يجعل له فسخاً ، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين ، فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه ، كالبيع .

٤١١٧ (فصل)

ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة إجارة العقار ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل ، والدوّاب جائز ، ولا تجوز إجارتها إلا فى مدّة معيّنة ، معلومة ، ولا بدّ من مشاهدته ، وتحديده ، فإنه لا يصير معلوماً إلا بذلك ، ولا يجوز إطلاقه ، ولا وصفه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو ثور : إذا ضبط بالصفة أجزأ ، وقال أصحاب الرأى : له خيار الرؤية ، كقولهم فى البيع ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، بناء على البيع ، والخلاف ههنا مبنىّ على الخلاف فى البيع ، ولم يكتف بالصفة ، لأنه لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، كما لا يعلم فى البيع إلا بذلك ، فان كان داراً ، أو حمّاماً احتاج إلى مشاهدة البيوت ، لأن الغرض يختلف بصغرها ، وكبرها ، ومرافقها ، ومشاهدة قدر الحمّام ليعلم كبرها من صغرها ، ومعرفة ماء الحمّام ، إما من قناة ، أو بئر ، فان كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ، ليعلم عُمقها ، ومؤنة استسقاء الماء

منها ، ومشاهدة الأتون ، ومطّرح الرّماد ، وموضع الزّبل ، ومَصْرَف ماء الحمّام ، فمتى أخلّ بهذا ، أو بعضه لم تصحّ للجهالة بما يختلف الغرض به .

٤١١٨ (فصــل)

وكره أحمد كراء الحمّام ، وسئل عن كرائه ، فقال : أخشى ، فقيل له : إذا شرط على المكترى أن لا يدخله أحد بغير إزار ، فقال : ومن يضبط هذا ؟ وكأنه لم يُعجبه ، قال ابن حامد : هذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحريماً ، لأنه تبدو فيه عورات الناس ، فتحصُل الإجارة على فعل محظور ، فكرهه لذلك ، فأمّا العقدُ فصحيح ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن كِراء الحمّام جائز ، إذا حدده ، وذكر جميع آلته شهوراً مسمّاة ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن المكترىَ إنّما يأخذ الأجر عوضاً عن دخول الحمّام ، والاغتسال بمائه ، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة ، وإن وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه ، كما لو اكترى داراً ليسكنها ، فشرب فيها خمراً .

٤١١٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يتصرّف مالك العقار فيه إلا عند تقضّى المدّة ﴾

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد ، كما يملك المشترى المبيع بالبيع ، ويزول ملك المؤجر عنها ، كما يزول ملك البائع عن المبيع ، فلا يجوز له التصرّف فيها ، لأنها صارت مملوكةً لغيره ، كما لا يملك البائع التصرّف فى المبيع ، فإن تصرّف فيها نظرنا ، فإن كان ذلك فى حال بدا المستأجر قبل تقضّى المدّة ، مثل أن يكترىَ داراً سنةً ، فيسكنها شهراً ، ويتركها ، فيسكنها المالك بقية السنة ، أو يؤجّرها لغيره ، احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك ، لأنه يتصرّف فيه قبل قبض المكترى له ، فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه ، وسلم باقيه .

فعلى هذا : إن تصرّف المالك فى بعض المدّة دون بعض انفسخ العقد فى قدر ما تصرّف فيه ، دون مالم يتصرّف فيه ، ويكون على المستأجر ما بقى ، فلو سكن المستأجر شهراً ، وتركها شهراً ، وسكن المالك عشرةَ أشهر لزم المستأجر أجرُ شهرين ، وإن سكنها شهراً ، وسكن المالك شهرين ، ثم تركها ، فعلى المستأجر أجرُ عشرةَ أشهر ، ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدّة ، وله على المالك أجر المثل لما سكنَ أو تصرّف فيه بقسط ذلك ، ممّا على المستأجر من الأجر ، ويلزمه الباقى . لأنّه تصرّف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه ، فأشبه ما لو تصرّف فى المبيع بعد قبض المشترى له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يملك التصرّف فى المنافع بالسكنى ، والاجارة ، وغيرها .

فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمّى فى العقد لم يجب على المستأجر شىء ، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر ، والأول أولى ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، وإن تصرّف المالك قبل تسلّم العين ، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدّة الاجارة ، انفسخت الاجارة ، وجهاً واحداً ، لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه ، فانفسخ العقد ، كما لو باعه طعاماً ، فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلّمها إليه فى أثناء المدّة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقى بالحصّة ، كالمبيع إذا سلّم بعضه ، وأتلف بعضاً .

٤١٢٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن حوله المالك قبل تقضّى المدّة لم يكن له أجرٌ لما سكن ﴾

يعنى إذا استأجر عقاراً مدّة ، فسكنه بعض المدّة ، ثم أخرجه المالك ، ومنعه تمام السكنى ، فلا شىء له من الأجرة ، وقال أكثر الفقهاء : له أجر ما سكن ، لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة ، فلزمه عوضه ، كالمبيع إذا استوفى بعضه ، ومنعه المالك بقيته ، كما لو تعذّر استيفاء الباقى لأمرٍ غالب .

ولنا : أنه لم يُسَلِّم إليه ما عقد الاجارة عليه ، فلم يستحقّ شيئاً ، كما لو استأجره ليحمل كتاباً ، فحمله بعض الطريق ، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً ، فحفر له عشراً وامتنع من حفر الباقى ، وقياس الإجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع .

ويفارق ما إذا امتنع لأمرٍ غالب لأن له عذراً ، والحكم فيمن اكترى دابّة ، فامتنع المُكرى من تسليمها فى بعض المدّة ، أوآجر نفسه ، أوعبده للخدمة مدّةً وامتنع من إتمامها ، أو أجّر نفسه لبناء حائط ، أو خياطةٍ ، أو حفرِ بئر ، أو حملِ شىءٍ إلى مكانٍ ، وامتنع من إتمام العمل ، كالحكم فى العقار يمتنع من تسليمه ، وأنه لا يستحقّ شيئاً لما ذكرنا .

٤١٢١ (فصل)

إذا هرب الأجير ، أو شردت الدابّة ، أو أخذ المؤجّر العين ، وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة منها ، من غير هرب ، لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ ، فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضىّ المدّة يوماً ، فيوماً ، فإن عادت العين فى أثناء المدّة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة ، لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمّة ، كخياطةِ ثوب ، أو بناء حائط ، أو حملٍ إلى موضع معيّن استُؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم إليه فى شىء ، فهرب ، ابتيع من ماله . فإن لم يكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ

فلا كلام . وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقْدِرَ عليه فله مطالبته بالعمل . لأن ما فى الذمّة لا يفوت بهربه .

وكلّ موضع امتنع الأجير من العمل فيه ، أو منع المؤجّر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض . فلا أجر له فيه ، على ما سبق ، إلا أن يردّ العين قبل انقضاء المدّة ، أو يتمّ العمل ، إن لم يكن على مدّة قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابّة ، أو تعذّر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجّر ، فله من الأجر بقدر ما استوفى بكلّ حال .

٤١٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدّة انتفاعه ﴾ .

وجملته : أن من استأجر عيناً مدّة ، فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخلُ من أقسام ثلاثة .

أحدها : أن تتلف العين ، كدابّة تَنْفَقُ ، أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرُب .

أحدها : أن تتلف قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه . لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه . فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

والثانى : أن تتلف عَقيب قبضها ، فإنّ الإجارة تنفسخ أيضاً ، ويسقط الأجر فى قول عامّة الفقهاء ، إلا أبا ثور ، حكى عنه أنه قال : يستقرّ الأجر . لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه ، أشبه المبيع ، وهذا غلط . لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها باستيفائها أو التمكّن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك ، فأشبه تلفها قبل قبض العين .

الثالث : أن تتلف بعد مضىّ شىء من المدّة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدّة دون ما مضى ، ويكون للمؤجّر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة .

قال أحمد فى رواية إبراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه ، فنفق البعير ، يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه ، فبطل العقد فيما تلف ، دون ما قبض ، كما لو اشترى صُبْرتين ، فقبض إحداهما ، وتلفت الأخرى قبل قبضها ، ثم ننظر : فإن كان أجر المدّة متساوياً فعليه بقدر ما مضى ، إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر ، وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث ، كما يقسّم الثمن على المبيع المتساوى ، وإن كان مختلفاً ، كدار أجرها فى

الشتاء أكثر من أجرها في الصيف ، وأرضٍ أجرها في الصيف أكثر من الشتاء ، أو دار لها موسمٌ ، كدور مكة رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ، ويقسّط الأجر المسمّى على حسب قيمة المنفعة ، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافةٍ ، كبعير استأجره على حملِ شيء إلى مكان معيّن ، وكانت متساويةَ الأجزاء ، أو مختلفة . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعيّ .

٤١٢٣ (فصـــل)

القسم الثاني أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدار انهدمت ، وأرض غرقت ، أو انقطع ماؤها ، فهذه يُنظر فيها . فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غيرُ ما استأجرها له ، مثل أن يمكن الانتفاع بَعْرصةِ الدار . والأرض ، لوضع حطب فيها ، أو نَصْبِ خيمة في الأرض التي استأجرها ، للزرع ، أو صَيْد السمك من الأرض التي غرقت ، انفسخت الإجارة أيضاً . لأن المنفعة التي وقع عليها العقد تلفت ، فانفسخت الإجارة ، كما لو استأجر دابةً ليركبها ، فزَمِنَت[1] بحيثُ لا تصلُح إلا لتدور في الرحَى . وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها : لا تنفسخ الإجارة فيها ، وهو منصوص الشافعيّ . لأن المنفعة لم تبطل جملةً لأنه يمكن الانتفاع بَعرصةِ الأرض بِنَصْبِ خَيْمةٍ أو جمع حَطَبٍ فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه .

فعلى هذا : يخيّر المستأجر بين الفسخ ، والإمضاء . فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات . وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الأجر ، لأن ذلك عيب . فإذا رضي به سقط حكمه . فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ ، أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك ، والأول أصحّ . لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه ، كما في البيع .

ولو كان النفع الباقي في الأعيان مما لا يُباح استيفاؤه بالعقد ، كدابةٍ استأجرها للركوب ، فصارت لا تصلُح إلا للحمل ، أو بالعكس ، انفسخ العقد وجهاً واحداً ، لأن المنفعة الباقية لا يُملك استيفاؤها مع سلامتها ، فلا يَملكها مع تعيبّها ، كبيعها .

وأما إن أمكن الانتفاع بالعين ، فيما اكتراها له ، على نعتٍ من القصور ، مثل أن يُمكنه زرع الأرض بغير ماء ، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة ، أو يسوء الزرع ، أو كان يمكنه سُكنى ساحةِ الدار ، إمّا في خَيْمةٍ ، أو غيرها لم تنفسخ الإجارة ، لأن المنفعة المعقود عليها لم تزلُ بالكلية ، فأشبه ما لو تعيّبت ، وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا ، إلا في الدار إذا انهدمت ، فإن فيها وجهين .

(١) زمنت : عجزت عن العمل لعدم استطاعتها الحركة الكثيرة وقلت قوتها .

أحدهما : لا تنفسخ الإجارة .

والثانى : تنفسخ : لأنه زال اسمها بهدمها ، وذهبت المنفعة التى تُقصد منها ، ولذلك لا يستأجر أحدٌ عَرْصَةَ دارٍ ليسكنها . فأمّا إن كان الحادث فى العين لا يضرّها ، كغرق الأرض بماء ينحسر فى قرب من الزمان ، لا يمنع الزرع ، ولا يضرّه ، وانقطاع الماء عنها ، إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر ، أوكان انقطاعه فى زمن لا يحتاج إليه فيه ، فليس للمستأجر الفسخ ، لأن هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضرّ ، أو انقطاع الماء ، أو انهدم بعض العين المستأجرة ، فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ ، أو ثبوت الخيار ، وللمكترى الخيار فى تبقية العين ، لأن الصفقة تبعّضت عليه ، فإن اختار الإمساك أمسك بالحصّة من الأجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام فى يد البائع .

٤١٢٤ (فصــــل)

القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ ، لأن فيه تأخير حقّه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدّة الإجارة فله الخيار بين الفسخ ، والرجوع بالمسمّى ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة الغاصب بأجر المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً ، بل إلى بدل ، وهو القيمة ، فأشبه مالو أتلف الثّمرة المبيعة آدمىّ قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكلّ حال ، على الرواية التى تقول : إن منافع الغصب لا تُضمن ، وهو قول أصحاب الرأى ، ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك اختلاف .

وإن زادت العين فى أثناء المدّة ، ولم يكن فسخٌ استوفى مابقى منها ، ويكون فيما مضى من المدّة مخيّراً كما ذكرنا .

وإن كانت الإجارة على عمل ، كخياطة ثوب ، أو حمل شىء إلى موضع معيّن ، فغصب جمله الذى يحمل عليه ، وعبده الذى يخيط له لم ينفسخ العقد ، وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب ، وإقامة من يعمل العمل ، لأنّ العقد على مافى الذّمة ، كما لو وجد بالمسلَم فيه عيباً ، فردّه ، فإن تعذّر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة ، فيستوفى منها .

٤١٢٥ (فصــــل)

القسم الرابع : أن يتعذّر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها ، مثل أن يأبق العبد أو تَشْرُدَ الدابّة ، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا .

٤١٢٦ (فصــــل)

القسم الخامس : أن يحدث خوف عامّ يمنع من سكنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة ،

أو تُحْصَر البلد ، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، ونحو ذلك ، فهـذا يُثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة ، فأثبت الخيار ، كغصب العين ، ولو استأجر دابّة ليركبها ، أو يحمل عليها إلى مكان معيّن ، فانقطت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكترى إلى مـكة ، فلم يحجّ الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلـكلّ واحد منهما فسخ الإجارة .

وإن أحبّ إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ، لأن الحقّ لهما لا يعدوهما ، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، مثل أن يخاف وحده لقُرب أعدائه من الموضع المستأجر ، أو حلولهم فى طريقه لم يملك الفسخ ، لأنه عذر يختصّ به ، لا يمنع استيفاء المنفعة بالـكلّية ، فأشبه مرضه ، وكذلك لو حُبس ، أو مرض ، أو ضاعت نفقته ، أو تلف متاعُه لم يملك فسخ الاجارة لذلك ، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنًى من جهته ، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه ، كما لو تركها اختياراً .

٤١٢٧ (فصـــــل)

وإذا اكترى عيناً ، فوجد بها عيباً لم يكن علم به فـله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، وقال ابن المنذر إذا اكترى دابّةً بعينها ، فوجدها جَمُوحاً ، أو عَضُوضاً ، أو نَفُوراً ، أو بهـا عيب غير ذلك ممّا يفسد ركوبها ، فللمكترى الخيار : إن شاء ردّها وفسخ الإجارة ، وإن شاء أخذها ، وهـــذا قول أبى ثور ، وأصحاب الرأى ، ولأنه عيب فى المعقود عليه ، فأثبت الخيار ، كالعيب فى بيوع الأعيان .

والعيب الذى يردّ به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر فى المشى ، والعَرج ، الذى يتأخّر به عن القافلة ، وربض البهيمة بالحمل ، وكونها جَمُوحَةً أو عَضُوضَةً أو أشباه ذلك .

وفى المـكتَرى للخدمة ضعفُ البصر ، والجنون ، والُجذام ، والبرص ، وفى الدار انهدامُ الحائط والخوف من سقوطها ، وانقطاع الماء من بئرها ، أو تغيّره بحيث يمتنع الشرب ، والوضوء ، وأشباه ذلك من النقائص ، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقـد ثبت المـكترِى خيار الفسخ ، لأن المنافع لا يحصُل قبضها إلاشيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد ، مثل قبض الباقى من المعقود عليه ، فأثبت الفسخ فيما بقى منها ، ومتى فسخ فالحـكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضى المقام ، ولم يفسخ لزمه جميع العِوَض ، لأنه رضى به ناقصاً ، فأشبه مالو رضى بالمبيع مَعيباً ، وإن اختلفا فى الموجود : هل هو عيب أولا ؟ رُجع فيه إلى أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس بعيب ، مثل أن تـكون الدابة خَشِنَةَ المَشْى ، أو أنها تُتْعِبُ راكبها ، لـكونها لا تَركب كثيراً ، فليس له فسخ ، وإن قالوا : هو عيب فله الفسخ ، هـذا إذا كان العقد يتعلّق بعينها ، فأمّا إن كانت موصوفةً فى الذمّة لم ينفسخ العقد ، وعلى المـكرى إبدالها ، لأن العقد لم يتعلّق بعينها ،

أشبه المسلم فيه إذا سلّمه على غير صفته ، فإن عجز عن إبدالها ، أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه ، فللمكترى الفسخ أيضاً .

٤١٢٨ (فصــــــل)

وعلى المسكرى ما يتمكّن به من الانتفاع ، كتسليم مفاتيح الدار ، والحمّام ، لأن عليه التمكين من الانتفاع ، وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفريط من المسكترى ، فعلى المكرى بدلها ، لأنها أمانة فى يد المكترى : فأشبه ذلك حيطان الدار ، وأبوابها ، وعليه بناء حائط ، إن سقط ، وإبدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمّام ، وعمل الأبواب ، والبزل ، ومجرى الماء ، لأنه بذلك يتمكّن من الانتفاع ، وما كان لاستيفاء المنافع ، كالحبل ، والدلو ، والبكرة ، فعلى المكترى ، وأما التحسين ، والتزويق ، فلا يلزم واحداً منهما ، لأن الانتفاع ممكن بدونه ، وأما تنقية البالوعة ، والكُنُف ، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكرى ، لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع ، وإن امتلأت بفعل المكترى ، فعليه تفريغها ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو ثور : هو على ربّ الدار ، لأن به يتمكّن من الانتفاع ، فأشبه مالو اكترى ، وهى ملآى ، وقال أبو حنيفة : القياس أنّه على المكترى ، والاستحسان أنه على ربّ الدار . لأن عادة الناس ذلك .

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكترى . فكان عليه تنظيفه ، كما لو طرح فيها قُماشاً ، والقول فى تفريغ جيّة الحمّام التى هى مصرف الماء . كالقول فى بالوعة الدار ، وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل ، أو قُمامة من فعل الساكن فعليه نقله . وهذا قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى .

٤١٢٩ (فصــــل)

وإن شرط على مكترى الحمّام ، أو غيره أن مدّة تعطيله عليه لم يجز ، لأنه لايجوز أن يؤجّر مدّة لا يمكن الانتفاع فى بعضها . ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفى بقدرها بعد انقضاء مدّته ، لأنه يؤدّى إلى أن يكون انتهاء مدّة الإجارة مجهولا ، فإن أطلق ، وتعطّل فهو عيب حادث ، والمكترى بالخيار بين الإمساك بكلّ الأجر ، وبين الفسخ ، ويتخرّج أن له أرش العيب ، قياساً على المبيع المعيب ، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدّة الإجارة فعليه الأجر كلّه ، لأنه استوفى المعقود عليه ، فأشبه مالو علم العيب بعد العقد ، فرضيه ، ويتخرّج أنّ له أرش العيب ، كما لو اشترى معيباً ، فلم يعلم عيبه حتى أكله ، أو تلف فى يده .

٤١٣٠ (فصــــل)

وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكرى ، كعمارة الحمّام إذا شرطها على المكترى ، فالشرط فاسد ، لأن العين ملك المؤجّر ، فنفقتها عليه ، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكرى ،

لأنه أنفقه على ملكه ، بشرط العوض ، فإن اختلفا فى قدر ما أنفق فالقول قولُ المكرى ، لأنه مُنكِر ، فإن لم يشترط لكن أذن له فى الإنفاق ليحتسب له من الأجر ، ففعل ، ثم اختلفا ، فالقول قول المكرى أيضاً ، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشىء ، لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقةً غيرَ واجبةٍ على المالك ، فأشبه مالو عمَّر داراً له أخرى .

٤١٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ومن استؤجر لعمل شىء بعينه ، فمرض أقيم مُقامه من يعمله ، والأجرة على المريض﴾

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الآدمىّ بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر رجلاً ليدلهما على الطريق ، وذكر النبىّ صلى الله عليه وسلم رجلاً استأجر أجراء كلّ أجير بفَرَق[1] من ذُرَة وقال « إنَّما مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابِ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِى مِنْ غُدْوَةٍ إِلَى نِصْفِ النَّهارِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ ، ثُمَّ قال : مَنْ يَعْمَلُ لِى مِنْ نِصْفِ النَّهارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى ، ثُمَّ قَال : مَنْ يَعْمَلُ لِى مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِيرَاطَيْنِ قِيرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ فَغَضِبَتِ الْيَهُودُ ، والنَّصَارَى ، وقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلاً وَأَقَلُّ أَجْراً ، فَقَال : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أَجْرِكُمْ شَيْئاً؟ قَالُوا : لا، قَالَ : فَإِنَّما هُوَ فَضْلِى أُوتِيهِ مَنْ أَشَاء » ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كالدور ، ثم إجارته تقع على ضربين :

أحدهما : استئجاره مدّةً بعينها ، لعمل بعينه ، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانِىَ حِجَج واستئجار الأُجراء المذكورين فى الخبرَ .

والثانى : استئجاره على عمل مُعَيَّن فى الذمّة ، كاستئجار النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، وأبى بكر دليلاً يدلُّهما على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص ، أو بناء حائط ، ويتنوّع ذلك نوعين .

أحدهما : أن تقع الإجارة على عين ، كإجارة عبده لرعاية غنمه ، أو ولده لعمل معيّن .

والثانى . أن تقع على عمل فى الذمّة ، كخياطة قميص ، وبناء حائط ، فمتى كانت على عمل فى ذمّته ، فمرض وجب عليه أن يقُيم مُقامه من يعمله ، لأنه حقّ وجب فى ذمّته ، فوجب عليه إيفاؤه ، كالمسلَمِ فيه ، ولا يجب على المستأجر إنظاره ، لأن العقد بإطلاقه ، يقتضى التعجيل ، وفى التأخير إضرارٌ به ، فأمّا إن كانت الإجارة على عبده فى مدّة ، أو غيرها ، فمرض لم يُقِم غيره مُقامه ، لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه ،

---

(١) الفرق : بفتح الفاء والراء ، وبفتح الفاء وسكون الراء والأول أفصح : هو مكيال يسع ثلاثة آصع أو ستة عشر رطلا ، أو أربعة أرباع .

لا على شيء فى ذمّته ، وعمل غيره ليس معقوداً عليه ، وإنما وقع العقد على معيّن ، فأشبه مالو اشترى معيّناً لم يجز أن يدفع إليه غيره ، ولا يُبدله ، بخلاف مالو وقع فى الذمّة . فإنّه يجوز إبدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلّمه ، والمبيع المعيّن بخلافه ، فكذلك الإجارة ، وإن كانت الإجارة على عمل فى الذمّة لكنّه لا يقوم غيرُ الأخير مَقامه ، كالنسخ ، فإنه يختلف القصد فيه باختلاف [1] الخطوط لم يكلف إقامةَ غيره مُقامه ، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير ، لأن الغرض لا يحصُل من غير الناسخ ، كحصوله منه ، فأشبه مالو أسلم إليه فى نوع ، فسلّم إليه غيره ، وهكذا كلّ ما يختلف باختلاف الأعيان .

٤١٣٢ (فصـــل)

يجوز الاستئجار لحفر الأبار ، والانهار ، والقُنِيّ ، لأنها منفعة معلومة ، يجوز أن يتطوعّ بها الرجل على غيره ، فجاز عقد الإجارة عليه كالخدمة ، ولا بدّ من تقدير العمل بمدة أو عمل مُعيّن . فإن قيّده بمدّة ، نحو أن يقول : استأجرتك شهراً لتحفر لى بئراً أو نهراً لم يحتج إلى معرفة القدر ، وعليه أن يحفر ذلك الشهر ، قليلاً حفر ، أو كثيراً ، ويحتاج إلى معرفة الأرض التى يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا : لا يحتاج إلى معرفتها ، لأن الغرض لا يختلف بذلك ، والأول أولى إن شاء الله ، لأن الأرض قد تكون صلبةً فيكون الحفر عليه شاقاً ، وقد تكون سهلةً ، فيسهل ذلك عليه ، وإن قدّره بالعمل ، فلابدّ من معرفة الوضع بالمشاهدة . لأن المواضع تختلف بالسهولة ، والصلابة ، ولا ينضبط ذلك بالصفة . ويعرف دور البئر . وعمقها ، وطول النهر . وعمقه ، وعَرضه . لأن العمل يختلف بذلك . فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب . لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمّنه العقد . فإن تهوّر تراب من جانبيها . أو سقطت فيه بهيمة . أو نحو ذلك . لم يلزمه شيله . وكان على صاحب البئر . لأنه سقط فيها من ملكه . ولم يتضمّن عقدُ الإجارة رفعه .

وإن وصل إلى صخرة ، أو جماد يمنع الحفر ، لم يلزمه حفره . لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض ، وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض ، لأنّها تختلف ، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار فى الفسخ ، فإذا فسخ كان له من الأجر بحصّة ما عمل ، فيقسّط الأجر على مابقى ، وما عمل ، فيقال : كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقى ؟ ويقسّط الأجر المسمّى عليهما ، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع . لأن أعلى البئر يسهُل نقل التراب منه ، وأسفله يشقّ ذلك فيه ، وإن نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا .

٤١٣٣ (فصـــــل)

ويجوز الاستئجار لضرب اللَّبِن لما ذكرنا ، ويكون على مدّةٍ ، أو عملٍ . فإن قدّره بالعمل احتاج إلى تبيين عدده ، وذكر قالبه ، وموضع الضرب . لأن الأجر يختلف باختلافه ، لكون التراب فى بعض الأماكن أسهل ، والماء أقرب ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، كما إذا كان المكيال معروفاً ،

وإن قدَّره بالطول ، والعرض ، والسمك جاز ، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب ، إذا لم يكن معروفاً ، لأن فيه غرراً . وقد يتلف القالب ، ولا يصح كما لو أسلم فى مكيال بعينه .

٤١٣٤ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار للبناء ، وتقديره بالزمان ، أو العمل ، فإن قدره بالعمل : فلابدّ من معرفة موضعه . لأنه يختلف أيضاً بقرب الماء ، وسهولة التراب ، ولابدّ من ذكر طوله ، وعرضه ، وسمكه ، وآلة البناء من لبن ، وطين ، أو حجرٍ . وطين ، أو شيْد ، وآجر ، أو غير ذلك ، قال ابن أبى موسى : وإذا استأجره لبناء ألف لَبِنة فى حائطه ، أو استأجره يبنى له فيه يوماً فعمل ما استأجره عليه ، ثم سقط الحائط ، فله أجره ، لأنه وفَّى العمل ، وإن قال: ارفع لى هذا الحائط عشرةَ أذرع ، فرفع بعضه ، ثم سقط . فعليه إعادة ماسقط ، وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الزرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه فى الأول لأمر من جهة العامل ، فأمّا إن فرّط ، أو بناه محلولاً ، أو نحو ذلك ، فسقط ، فعليه إعادته ، وغرامة ما تلف منه .

٤١٣٥ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان ، وتجصيصها ، ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف ، فمنه رقيق ، وثخين ، وأرض السطح تختلف ، فمنها العالى ، ومنها النازل ، وكذلك الحيطان ، فلذلك لم يجز إلا على مدّة .

٤١٣٦ (فصـــل)

ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه ، أو حديث ، أو شعراً مباحاً ، أو سجلاّت ، نصّ عليه فى رواية مثنىّ بن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم يرَ به بأساً .

ولابدّ من التقدير بالمدّة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق ، وقدرها ، وعدد السطور ، فى كلّ ورقة ، وقدر الحواشى ، ودقّة القلم ، وغلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصّفة ضبطه ، وإلاّ فلابدّ من مشاهدته ، لأن الأجر يختلف باختلافه .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع ، ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز ، وإذا أخطأ بالشىء اليسير الذى جرت العادة به عُفِى عنه ، لأن ذلك لا يمكن التحرّز منه ، وإن أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يردّ به ، قال ابن عقيل : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ، ولاالتشاغل بما يشغل سرّه ، ويوجب غلطه ، ولا لغيره تحديثهُ وشغله ، وكذلك كلّ الأعمال التى تختلّ بشغلْ السرّ ، والقلب ، كالقِصَارةِ ، والنِّساجة ، ونحوها .

٤١٣٧ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً فى قول أكثر أهل العلم ، ورُوى ذلك عن جابر بن زيد ، ومالك بن دينار ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ، ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المُصحف بالأجر ، ولعله يرى أنّ ذلك ممّا يختصّ فاعله بكونه من أهل القُربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا : أنه فعلٌ مباح ، يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير ، فجاز أخذ الأجر عليه ، كـكتابة الحديث ، وقد جاء فى الخبر « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » .

٤١٣٨ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان إبراهيم بن أدهم يؤجّر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز أن يقدّره بمدّة ، وبعمل معيّن ، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع مُعيّن ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقى زرعه ، وتنقيته ، ودياسه، ونقله إلى موضع مُعيّن ، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليحتطب له ، لأنه عمل مباح تدخله النيابة ، أشبه حصاد الزرع . قال أحمد فى رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كلّ يوم ، فكان الرجل ينقل عليهما ، وعلى حمير لرجل آخر . ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرّ باشتغاله عن عمله ، لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرّ لا يرجع بشىء ، لأنه اكتراه لعمل ، فوفّاه على التّمام ، فلم يلزمه شىء ، كما لو استأجره لعمل ، فكان يقرأ القرآن فى حال عمله ، فإن ضرّ المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه ، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر ، فكان عليه قيمتها ، كما لو عمل لنفسه ، وقال القاضى : معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذى أخذه من الآخر ، لأن منافعه فى هذه المدّة مملوكة لغيره . فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره .

٤١٣٩ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص فى النفس ، فما دونهما ، وبه قال مالك ، والشافعىّ . وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز فى النفس ، لأن عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعيّن ، إذ يمكن أن يضرب مما يلى الرأس ومما يلى الـكتف ، فكان مجهولاً .

ولنا : أنه حقّ يجوز التوكيل فى استيفائه ، لا يختصّ فاعله بكونه من أهل القُربة ، فجاز الاستئجار عليه ، كالقصاص فى الطّرف ، وقوله أن عدد الضربات يختلف ، وهو مجهول يبطلُ بخياطة الثوب ،

فإن عدد الغرزات مجهول ، وقوله إن محلّه غير متميّن قلنا : هو متقارب ، فلا يمنع ذلك صحته ، كوضع الخياطة من حاشية الثوب ، والأجر على المقتصّ منه ، وبهذا قال الشافعيّ وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : هو على المستوفى ، لأنه غير متميّن ، فليس على المقتصّ منه إلا التمكين ، كما لو اشترى ثمرة نخله .

ولنا : أنه أجرٌ يجب لإيفاء حقّ ، فكان على الموفّى كأجر الكيّال ، والوزّان ، وما ذكروه غير صحيح . فإن القطع مستحقّ عليه ، بخلاف الثمرة ، بدليل أنه لو مكّنه من القطع فلم يقطع ، وقطعه آخر لم يسقط حقّ صاحب القِصاص ، ولو كان التمكين تسليماً لسقط حقّه ، كالثمرة .

٤١٤٠ (فصـــــــل)

ويجوز استئجار رجل ليدلّه على طريق ، فإن النبيّ صلّى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أُرَيْقِط هادياً خِرِّيتاً[1] ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلّهما على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيّال ، ووزّان لعملٍ معلوم ، أو فى مدّة معلومة ، وبهذا قال مالك ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

وقد روى فى حديث سُوَيْد بن قَيْس : أتانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، فاشترى منّا رجُلٌ سراويل ، وثَمّ رجلٌ يزنُ بأجْرٍ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زِنْ وَأَرْجِحْ » رواه أبو داود ، ويجوز استئجار رجل ليلازم غريماً يستحقّ ملازمته ، وسُئل أحمد . عن ذلك ، فقال : لا بأس ، قد شغله ، وقال فى موضع آخر : غيرُ هذا أعجبُ إلىّ ، كرهه ، لأنه يؤول إلى الخصومة ، وفيه تضييق على مسلم ، ولا يأمن أن يكون ظالماً ، فيساعده على ظلمه ، لكنّه جائز فى الجملة ، لأن الظاهر أنّه مُحِقٌّ ، فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحقّ ، ولهذا أجزنا للموكّل فعله .

٤١٤١ (فصـــــــل)

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ثياباً ، ورخّص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والنخَعِيّ ، وكرهه الثوريّ ، وحمّاد .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، تجوز النيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء ، ويجوز على مدّة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرةَ أيّام يشترى له فيها ، لأن المدّة معلومة ، والعمل معلوم أشبه الخيّاط والقصّار . فإن عيّن العمل دون الزمان ، فجعل له من كلّ ألف درهم شيئاً معلوماً صحّ أيضاً ، وإن قال :

(١) الخريت : بكسر الخاء وتشديد الراء مكسورة الدليل الحاذق .

كلّما اشتريتَ ثوباً فلك درهم أجراً ، وكانت الثياب معلومةً بصفة ، أو مقدّرة بثمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها . فإن اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ، لأنه عمل عملاً بعوض لم يَسْلَم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجارات الفاسدة .

٤١٤٢ (فصل)

وإن استأجر ليبيع له ثياباً بعينها صحّ ، وبه قال الشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن ذلك يتعذّر عليه ، فأشبه ضِراب الفحل وحَمل الحجرِ الكبير .

ولنا : أنه عمل مباح ، تجوز النيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز الاستئجار عليه ، كشراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدّراً بزمن ، فجاز مقدّراً بالعمل ، كالخياطة ، وقولهم : إنه غير ممكن لا يصحّ . فإن الثياب لا تنفكّ عن راغب فيها ، ولذلك صحّت المضاربة . ولا تكون إلا بالبيع ، والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه . فإنه متعذّر ، وإن استأجره على شراء ثياب معيّنة . احتمل أن لا يصحّ لأن ذلك لا يكون إلاّ من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذّر تحصيل العمل بحكم الظاهر ، بخلاف البيع ، وإن استأجره في البيع لرجل بعينه ، فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصحّ ، لأنه ممكن في الجملة ، فإن حصل من ذلك شيء ، استحقّ الأجر ، وإلاّ بطلت الإجارة ، كما لو لم يعيّن البائع ، ولا المشترى .

٤١٤٣ (فصل)

ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كلّ شهر بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً ، أو امرأةً ، حراً ، أو عبداً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وأبو ثور : لأنه تجوز النيابة فيه ، ولا يختصّ عامله بكونه من أهل القربة ، قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الأعياد ، والجمعة ، ولا يشترط ذلك ، قيل له : فيتطوّع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضرّ بصاحبه ، إنما أباح له ذلك ، لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة في حقّ المعتكف بترك مُعتكَفه لها ، وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلّيَ الأجيرُ ركعاتِ السّنة ، وقال أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها ، وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمةَ ، والحرّة للخدمة ، ولكن يصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثلَ الحرّة ، ولا يخلو معها في بيت ، ولا ينظر إليها متجرّدة ، ولا إلى شعرها ، إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة ، والحرّة ، لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

٤١٤٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا مات المكرى ، والمكترى ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها ﴾

هذا قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، والبتىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وقال الثورىّ ، وأصحاب الرأى ، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ، لأن استيفاء المنفعة يتعذّر بالموت ، لأنه استحقّ بالعقد استيفاءها على ملك المؤجِّر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحقّ المستأجر استيفاءها ، لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يُمْكِنَ إيجاب الأجر فى تركته .

ولنا أنه عقد لازم ، فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه ، كما لو زوَّج أمته ثم مات ، وما ذكروه لا يصحُّ ، فإنّا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت العقد ، ثمّ يلزمهم ما لو زوّج أمته ، ثم مات ، ولو صحّ ما ذكروه لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب فى تركه بعد موته . كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شىء بعد موته ضمنه فى ماله . لأن سبب ذلك كان منه فى حال الحياة كذا ههنا .

٤١٤٥ (فصـــل)

وإن مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة ، أو كان غائباً ، كمن يموت فى طريق مكّة ويخلّف جمله الذى اكتراه ، وليس له عليه شىء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدّة ، لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن منفعة العين ، فأشبه مالو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر فى حقّ المكترى ، والمكرى ، لأن المكترى يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكرى يمتنع عليه التصرّف فى ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه .

وقد نقل عن أحمد فى رجل اكترى بعيراً ، فمات المكترى فى بعض الطريق ، فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، وإن كان عليه ثقله وَوِطاؤه فله الكراء إلى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقى من المدّة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق به انتفاع ، لأنه تعذّر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضِرْسَه ، فبرأ ، أو انقلع قبل قلعه ، أو اكترى كحّالاً ليكحل عينه ، فبرأتْ ، أو ذهبتْ . ويجب أن يقدّر أنه لم يكن ثَمَّ من ورثته من يقوم مقامه فى الانتفاع ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، وتأوّلها القاضى على أن المكرى قبض البعير ، ومنع الورثة من الانتفاع ، ولولا ذلك لما انفسخ العقد ، لأنه لا ينفسخ بعذر فى المستأجر مع سلامة المعقود عليه ، كما لو حبس مستأجر الدار ، ومنع من سكناها ، ولا يصحّ هذا ، لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحقّ شيئاً من الأجر .

ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر ، لأن المعقود عليه انتفاعه ، وهذا لا يُؤْيَسُ منه بالحبس ، فإنه فى كلّ وقت يمكن خروجه من الحبس ، وانتفاعه ، ويمكن أن يستنيب من يستوفى المنفعة ، إما بأجر ، أو غيره ، بخلاف الميّت ، فإنّه قد فات انتفاعه بنفسه ، ونائبه ، فأشبه ما ذكرنا من الصور .

٤١٤٦ (فصــــــل)

إذا أجّر الموقوف عليه الوقف مدة، فمات فى أثنائها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان :

أحدهما : لا تنفسخ الإجارة لأنه أجر ملكه فى زمن ولايته ، فلم يبطل بموته ، كما لو أجر ملكه الطلق .

والثانى : تنفسخ الإجارة فيما بقى من المدّة ، لأنّا تبينّا أنه أجّر ملكه ، وملك غيره ، فصح فى ملكه ، دون ملك غيره ، كما لو أجّر دارين : أحداهما له ، والأخرى لغيره ، وذلك لأن المنافع بعد الموت حقّ لغيره ، فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ، ولا ولاية ، بخلاف الطلق ، فإن المالك يملك من جهة الموروث ، فلا يملك إلا ما خلّفه ، وما تصرّف فيه فى حياته لا ينتقل إلى الوارث ، والمنافع التى أجّرها قد خرجت عن ملكه بالإجارة ، فلا تنتقل إلى الوارث ، والبطن الثانى فى الوقف يملكون من جهة الواقف ، فما حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكاً لهم . فقد صادف تصرُّف المؤجّر فى ملكهم من غير إذنهم ، ولا ولاية له عليهم ، فلم يصحّ .

ويتخرّج أن تبطل الإجارة كلّها بناء ، على تفريق الصفقة ، وهذا التفصيل مذهب الشافعى .

فعلى هذا : إن كان المؤجّر قبض الأجر كلّه ، وقلنا : تنفسخ الإجارة ، فلمن انتقل إليه الوقف أخذه ، ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصّة الباقى من الأجر ، وإن قلنا : لا تنفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصّته .

٤١٤٧ (فصــل)

وإن أجّر الولىّ الصبىّ ، أو ماله مدّة ، فبلغ فى أثنائها ، فقال أبو الخطّاب : ليس له فسخ الإجارة ، لأنه عقد لازم عقده بحقّ الولاية ، فلم يبطل بالبلوغ ، كما لو باع داره ، أو زوّجه ، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية ، على ما ذكرنا فى إجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجّره مدّة يتحقّق بلوغه فى أثنائها . مثل أن أجّره عامين ، وهو ابن أربع عشرة ، فتبطل فى السادس عشر ، لأننا نتيقّن أنه أجّره فيها بعد بلوغه ، وهل تصحّ فى الخامس عشر ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه فى أثنائها ، كالذى أجّره فى الخامس عشر وحده ، فبلغ فى أثنائه ، فيكون فيه ما قد ذكرنا فى صدر الفصل ، لأنّنا لو قلنا : يلزم الصبىّ بعقد الولىّ مدّة يتحقّق بلوغه فيها أفضى إلى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره ، وإلى أن يتصرّف فيه فى غير زمن ولايته عليه ، ولا يُشبه النّكاح ، لأنه لا يمكن

تقدير مدّته ، فإنّه إنما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا بلغ الصبيّ فله الخيار ، لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرّف في نفسه ، فإذا ملك ثبت له الخيار ، كالأمة إذا أعتقت تحت زوج .

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرّف ، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار ، كالأب إذا زوّج ولده ، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد ، لأجل العيب ، لا لما ذكره ، ولهذا لو عتقت تحت حُرٍّ لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الوليّ المؤجّر للصبيّ ، أو ماله ، أو عزل ، وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقدُه ، لأنه تصرّف وهو من أهل التصرّف في محلّ ولايته ، لم يبطل تصرّفه بموته ، أو عزله ، أو كما لو مات ناظر الوقف ، أو عزل ، أو مات الحاكم بعد تصرّفه فيما له النظر فيه .

ويفارق ما لو أجّر الموقوف عليه الوقف مدّة ، ثم مات في أثنائها ، لأنه أجّر ملك غيره بغير إذنه ، في مدة لا ولايةَ له فيها ، وههنا إنما يثبت المولى الثاني الولاية في التصرّف فيما لم يتصرّف فيه الأول ، وهذا العقد قد تصرّف فيه الأول ، فلم تثبت للثاني ولايةٌ على ماتناوله .

٤١٤٨ ﴿ فصل ﴾

وإن أجرّ عبده مدّة ، ثم أعتقه في أثنائها صحّ العتق ، ثم يبطُل عقد الإجارة في قياس المذهب ، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء ، وهذا جديد قولَي الشافعيّ ، وقال في القديم : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيّد ، فرجع به عليه ، كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

ولنا أنها منفعة استحُقّت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدلها ، كما لو زوّج أمته ، ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإنّ مايستوفيه السيّد لايرجع به عليه ، ويخالف المكره ، فإنّه تعدّى بذلك ، وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار في الفسخ . أو الإمضاء ، كالصبيّ إذا بلغ للمعنى الذى ذكره ثَمّ .

ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلاينفسخ بالعتق ، ولايزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ، ثم باعها .

إذا ثبت هذا : فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه ، كما كانت ، وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على مُعتقه ، لأنه كالباقي على ملكه ، بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد لايقدر على نفقة نفسه ، لأنه مشغول بالإجارة ، ولا على المستأجر ، لأنه استحقّ منفعته بعوض غير نفقته . لم يبق إلا أنّها على المولى .

٤١٤٩ (فصــــل)

إذا أجّر عينا ، ثم باعها صحّ البيع ، نصّ عليه أحمد ، سواء باعها للمستأجر ، أو لغيره ، وبهذا قال الشافعىّ فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصحّ البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشترى ، فمنعت الصحّة كما فى بيع المغصوب .

ولنا أن الإجارة عقد على المنافع ، فلم تمنع الصحّة ، كما لو زوّج أمته ، ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصحّ ، لأن يد المستأجر إنّما هى على المنافع ، والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ، كما لو باع الأمة المزوّجه ، ولئن منعت التسليم فى الحال فلا تمنع فى الوقت الذى يجب التسليم فيه ، وهو عند انقضاء الإجارة ، ويكفى القدرة على التسليم حينئذٍ ، كالمسلَم فيه ، وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجازة المستأجر ، فإن أجازه جاز ، وبطلت الإجارة ، وإن ردّه بطل .

ولنا : أن البيع على غير المعقود عليه فى الإجارة ، فلم تعتبر إجازته ، كبيع الأمة المزوّجة .

إذا ثبت هذا : فإن المشترى يملك المبيع مسلوبَ المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة ، ولا يستحقّ تسليم العين إلا حينئذٍ ، لأن تسليم العين إنما يُراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنما يستحقّه إذا انقضت الإجارة ، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً فى مكان بعيد ، فإنه لا يستحقّ تسليمها إلا بعد مضىّ مدة يمكن إحضارها فيها ، كالمسلَم إلى وقتٍ لا يستحق تسلّم المسلم فيه إلا فى وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالإجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكلّ الثمن . لأنّ ذلك عيب ، ونقص .

٤١٥٠ (فصــــل)

فإن اشتراها المستأجر صحّ البيع أيضاً ، لأنه يصحّ بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأنه تملّك المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجّر الموصَى له بالمنفعة مالك الرقبة صحّت الإجارة ، فدلّ على أن ملك المنفعة لا يُنافى العقد على الرقبة ، وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الأجر باقياً على المشترى ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشترى غيره .

والثانى : تبطل الإجارة فيما بقى من المدّة . لأنه عقد على منفعة العين ، فيبطل ملك العاقد للعين ، كالنكاح ، فإنه لو تزوّج أمة ، ثم اشتراها بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من مدّة الاجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجّر قد قبض الأجر كلّه حُسِب عليه باقى الأجر من الثمن .

٤١٥١ (فصـــل)

وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها فى بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنّه لا فرق فى الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه داراً ، ثم مات أبوه ، وخلّف ابنين ، أحدهما هو المستأجر ، فإنّ الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحقّ بها ، لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقّه ، إمّا بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين .

وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشىء منه على أخيه ، ولا تركة أبيه ، ويكون ما خلّفه أبوه بينهما نصفين، لأنه لو رجع بشىء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته، وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة ، والله سبحانه قد سوّى بينهما فى الميراث ، ولأنّه لو رجع بنصف أجر النصف الذى انتقضت الإجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التى انتقضت الإجارة فيها ، إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره .

٤١٥٢ (فصـــل)

وإن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها مَعيبةً ، فردّها ، فإن قلنا : لا تنفسخ الإجارة بالبيع ، فهى باقية بعد ردّ العين ، كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا : قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين .

وإن كان المشترى أجنبياً ، فردّ المستأجر الإجارة لعيب ، فينبغى أن تعود المنفعة إلى البائع ، لأنه يستحقّ عِوَضها على المستأجر ، فإذا سقط العوض عاد إليه المعوّض ، ولأن المشترىَ ملك العين مسلوبةَ المنفعة مدّة الإجارة فلا يرجع إليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يرجع إلى المشترى ، لأن المنفعة تابعة للرقبة ، وإنّما استحقّت بعقد الإجارة ، فإذا زالت عادت إليه ، كما لو اشترى أمةً مزوّجة ، فطلّقها الزوج ، ولا يصحّ هذا القياس ، فإن منفعة البُضع قد استقرّ عوضها للبائع بمجرّد دخول الزوج بها ، ولا ينقسم العوض على المدّة ، ولهذا لا يرجع الزوج بشىء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح ، أو وقع الطلاق ، بخلاف الأجر فى الإجارة ، فإن المؤجّر يستحقّ الأجر فى مقابلة المنفعة مقسوماً على مُدّتها ، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع إليه مُعوّضها ، وهو المنفعة . ولأن منفعة البُضع لا يجوز أن تُملك بغير ملك الرقبة ، أو النكاح ، فلو رجعت إلى البائع للملكت بغيرهما ، لأنّها ممّا لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ، ولا المعاوضة عنها ، ومنفعة البدن بخلافها .

٤١٥٣ (فصـــــــل)

وإذا وقعت الإجارة على عين ، مثل أن يستأجر عبـداً للخدمة ، أو لرعاية الغنم ، أو جمـلاً للحمل ، أو للركوب ، فتلفت انفسخ العقدُ بتلفها ، وإن خرجت مستَحَقَّة تبينَّا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً ، فردّها انفسخ العقد ، ولم يملك إبدالها . لأن العقد على مُعيّن ، فثبتت هذه الأحكام ، كما لو اشترى عيناً .

وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمّة انعكست هذه الأحكام ، فمتى سلّم إليه عيناً ، فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجّر إبدالها ، وإن خرجت مغصوبةً لم يبطُل العقد ، ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردّها ، فـكذلك . لأن المعقود عليه غير هذه العين ، وهذه بدل عنـه ، فلم يؤثّر تلفها ، ولا غصبها ، ولا ردّها بعيب فى إبطال العقد ، كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ماقرر فى موضعه .

فإن قيل : فقد قلتم : من اكترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ، ولو اكترى أرضاً لزرع شىء بعينه جاز له زرع ما هو مثله ، أو دونه فى الضرر ، فلم قلتم : إذا اكترى جملاً بعينه لايجوز أن يبدله ؟ قلنا : لأن المعقود عليه منفعة العين ، فلم يجُـز أن يدفع إليه غير المعقود عليه ، كما لو اشترى عيناً ، لا يجوز أن يأخـذ غيرها ، والراكبُ غيرُ معقودٍ عليه ، إنّما هو مستوفٍ للمنفعة ، وإنّما يشترط معرفته لتقدير المنفعة ، لا لـكونه معقوداً عليه ، وكذلك الزرع فى الأرض ، فإنّما يعيَّن ليُعرف به قدر المنفعة المستوفاة ، فيجوز الاستيفاء بغيرها ، كما لو وكَّل المشـترى غيره فى استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير ، أو الأرض انفسخت الإجارة ، ولو مات الراكب ، أو تلف البذر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيرُه مَقامه ، فافترقا .

٤١٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن استأجر عقاراً فله أن يُسكنه غيره ، إذا كان يقوم مَقامه ﴾ .

وجملته : أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يَسكنه ، ويُسكن فيه من شاء ، ممنّ يقوم مقامه فى الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به ، من الرِّحال ، والطعام ، ويخزُن فيها الثياب ، وغيرها ، ممّا لا يضرّ بها ، ولا يُسكنها ما يضرّ بها ، مثل القصّارين ، والحدّادين ، لأن ذلك يضرّ بها ، ولا يجعل فيها الدوابّ ، لأنها تَرُوثُ فيها ، وتُفسدها ، ولا يجعل فيها السِّرْجينَ[1] ، ولا رَحى ، ولا شيئاً يضرّ بها ، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلا فوق سَقْفٍ ، لأنهُ يثقله ، ويـكسر خشبه ، ولا يجعل فيها شيئاً يضرّ بها ، إلا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفا ، وإنّما كان

(١) السرجين : ومثله السرقين هو الزبل . وهو معرب سركين بفتح السين وسكون الراء .

كذلك ، لأنّ له استيفاء المعقود عليه بنفسه ، ونائبه ، والذى يُسكنه نائب عنه فى استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكّل وكيلاً فى قبض المبيع ، أو دين له ، ولم يملك فعل ما يضرّ بها ، لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه ، فأمّا أن يجعل الدار مخزناً للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ، لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ، ويحتمل أن لا يجوز ، لأن ذلك يُفضى إلى تحريق الفار أرضها ، وحيطانها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

٤١٥٥ (فصــــــل)

وإذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد ، ولم يحتج إلى ذكر السُّكنىَ ، ولا صفتها ، وهذا قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور لا يجوز ، حتىّ يقول : أبيتُ تحتَها أنا وعيالى ، لأن السكنى تختلف ، ولو اكتراها ليسكنها ، فتزوّج امرأةً لم يكن له أن يُسكنها معه .

ولنا : أن الدار لا تُكترى إلا للسكنى ، فاستغنى عن ذكره ، كإطلاق الثمن فى بلد فيه نقد معروف به ، والتفاوت فى السكنى يسير ، فلم يحتج إلى ضبطه ، وما ذكره لا يصحّ ، فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن . وقلّتهم ، ولا يمكن ضبط ذلك ، فاجتزىء فيه بالعُرف ، كما فى دخول الحمّام . وشبهه . ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكّان . وأن لا يبيت عنده ضيف . ولا زائر ، ولا غير من ذكره . ولكان ينبغى أن يعلم صفة الساكن ، كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب .

٤١٥٦ (فصــــل)

وإذا اكترى ظهراً ليركبه فله أن يُركبه مثله ، ومن هو أخفُّ منه ، ولا يُركبه من هو أثقل منه ، لأنّ العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدّرة بذلك الراكب ، فله أن يستوفى ذلك بنفسه . ونائبه . وله أن يستوفى أقلّ منه . لأنّه يستوفى بعض ما يستحقّه ، وليس له استيفاء أكثر منه . لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه ، ولا يشترط التساوى فى الطول ، والقصر ، ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضى : يُشترط أن يكون مثله فى هذه الأوصاف كلّها ، لأن قلّة المعرفة بالركوب تُثقل على المركوب ، وتضرّ به . قال الشاعر :

لَمْ يَرْكَبُوا الْخَيْلَ إِلاَّ بَعْدَ مَا كَبِرُوا فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنُفُ[(١)]

ولنا : أن التفاوت فى هذه الأمور بعد التساوى فى الثِّقل يسير ، فعفى عنه ، ولهذا لا يشترط ذكره فى الإجارة ، ولو اعتبر ذلك لا شتُرطت معرفته فى الإجارة ، كالثقل والخفّة .

(١) عنف : بضم العين والنون جمع عنيف وهو من لا رفق له بالخيل عند ركوبها .

٤١٥٧ (فصــــل)

فإن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة بمثله ، ولا من هو دونه ، فقياس قول أصحابنا صحّة العقد ، وبطلان الشرط ، فإنّه قال فيمن شرط أن يزرع فى الأرض حِنطةً ولا يزرع غيرها : يبطُل الشرط ، ويصحّ العقد ، ويحتمل أن يصحّ الشرط ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجّر ، فلا يملك ما لم يرض به ، ولأنه قد يكون له غرض فى تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا فى الوجه الآخر : يبطـُل الشرط ، لأنه يُنافى موجَب العقد ، إذ موجَبه ملك المنفعة ، والتسلّط على استيفائها بنفسه ، وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه ، وبعضها بنائبه ، والشرط ينافى ذلك ، فكان باطلاً ، وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان :

أصحهما لا يبطله ، لأنه لا يؤثّر فى حقّ المؤجّر نفعاً ، ولاضرَراً فألغِى ، وبقى العقدُ على مقتضاه ، والآخرُ يُبطله ، لأنه ينافى مقتضاه ، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفىَ المنافع .

٤١٥٨ (فصـــــــل)

ويجوز للمستأجر أن يؤجّر العين المستأجرة إذا قبضها ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيّب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبى سليمان بن عبد الرحمن ، والنَخعِىّ ، والشعبىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ،وأصحاب الرأى .

وذكر القاضى فيه رواية أخرى : أنه لا يجوز . لأن النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نهى عن ربح ما لم يُضمن ، والمنافع لم تدخل فى ضمانه . ولأنه عقد على ما لم يدخـــل فى ضمانه ، فلم يجز ، كبيع المكيل ، والموزون قبل قبضه ، والأول أصحّ ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرّف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة ، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل .

إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه ، أو دونه فى الضرر ، لما تقدّم ، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجّر ، فى أحد الوجهين . وهذا قول أبى حنيفة ، والمشهور من قولى الشافعىّ . لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ، فاعتُبر فى جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان ، والآخر يجوز ، وهو قول بعض الشافعيّة . لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرّف عليه ، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجّر : فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجّر كان فيها ههنا وجهان :

أحدهما · لا يجوز . لأنه عقد عليها قبل قبضها .

والثانى : يجوز . لأن القبض لا يتعذّر عليه ، بخلاف الأجنبىّ ، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصحّ من غير بائعه ، روايةً واحدة ، وهل يصحّ من بائعه ؟ على روايتين .

فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجّر ، فجائزة ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . لأن ذلك يؤدّى إلى تناقُض الأحكام ، لأن التسليم مستحقّ على الكراء ، فإذا اكتراها صار مستَحِقًا له ، فيصير مستَحِقًا لما يستحقّ عليه ، وهذا ناقض .

ولنا : أن كلّ عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحقّ له تسليم آخر ، ثم يبطل بالبيع ، فإنه يستحقّ عليه تسليم العين ، فإذا اشتراها استحقّ تسليمها .

فإن قيل : التسليم ههنا مستحقّ فى جميع المدّة ، بخلاف البيع ، قلنا : المستحقّ تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجّر ، فإذا تعذّرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه ، لأنها تعذّرت بسببٍ كان فى ضمانه .

٤١٥٩ (فصـــل)

ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ، نصّ عليه أحمد ، وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهرىّ ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وعن أحمد أنه إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يُكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدّق بالزيادة ، روى هذا الشعبىّ ، وبه قال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يَضمَن ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز كما لو ربح فى الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما إذا عمل عملا فيها ، لأن الربح فى مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية ثالثة . إن أذن له المالك فى الزيادة جاز ، وإلا لم يجز ، وكره ابن المسيّب ، وأبو سلمة ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبىّ والنَّخَعِىّ الزيادة مُطلقاً ، لدخولها فى ربح مالم يَضمَن .

ولنا : أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، كبيع المبيع بعد قبضه ، وكما لو أحدث عمارةً لا يُقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر : فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه ، من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصحّ القياس على بيع الطعام قبل قبضه ، فإن البيع ممنوع منه بالكلّية ، سواء ربح ، أو لم يربح ، وههنا جائز فى الجملة ، وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله مُلْغَى بما إذا كنس الدار ، ونظّفها ، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة .

٤١٦٠ (فصـــل)

ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبّل العمل من الأعمال ، فيقبله بأقلّ من ذلك ، أيجوز له الفضل ؟ قال : ما أدرى ؟ هى مسألة فيها بعضُ الشيء ، قلت : أليس كان الخيّاط أسهل عندك إذا قطع الثوب ، أو غيره ، إذا عمل فى العمل شيئاً قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النَخَعىّ : لا بأس أن يتقبل الخيّاط الثياب بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يُعِين فيها ، أو يقطع ، أو يُعطيه سلوكاً ، أو إبراً ، أو يخيط فيها شيئاً فإن لم يُعن فيها بشى ، فلا يأخذَنّ فضلاً ، وهذا يحتمل أن يكون النخعى قاله مبنياً على مذهبه ، فى أن من استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك ، سواء أعان فيها بشيء ، أولم يُعِنْ ، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه ، جاز بزيادة عليه كالبيع ، وكإجارة العين .

٤١٦١ (فصـل)

وكلّ عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعه ، وما دونها ، فى الضرر ، وقال أحمد : إذا استأجر دابّة ليحمل عليها تمراً ، فحمل عليها حِنطةً أرجو أن لا يكون به بأس ، إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التى يستوفيها أكثر ضرراً ، أو مخالفة المعقود عليها فى الضرر لم يجز لأنه يستوفى أكثر من حقّه ، أو غير ما يستحقّه ، فإذا اكترى دابّة ليحمل عليها حديداً ، لم يحمل عليها قطنا ، لأنه يتجافى وتهبّ فيه الريح ، فيُتعب الظهر ، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع فى موضع واحد ، فيثقل عليه ، والقطن يتفرّق فيقلّ ضرره ، وإن اكتراه ليركبه لم يجُز أن يحمل عليه ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه ، لأن الراكب يَقْعُد فى موضع واحد ، فيشتدّ على الظهر ، والمتاع يتفرّق على جنبيه .

وإن اكتراه ليركبه عُرْياً لم يجز أن يركبه بِسرْج ، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عُرْياً ، لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حَمِىَ ظهرُه ، فربّما عقره ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه ، فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البِرْذَوْن[1] ، إذا كان أثقل من سرجه ، وإن اكترى دابةّ بسرح ، فركبها بإكاف[2] أثقل منه ، أو أضرّ لم يجز ، وإن كان أخفّ وأقلّ ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامناً ، وعليه الأجر ، وهذا كلّه مذهبُ الشافعىّ ، وأبى ثور .

(١) البرذون : دابة متولدة بين الحمار والحصان وهى أكبر من الحمار .
(٢) الاكاف : البرذعة .

٤١٦٢ (فصـــــل)

وإن اكترى دابة ليركبها فى مسافة معلومة ، أو يحمل عليها فيها ، فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها فى القدر أضرّ منها أو تخالف ضررها ، بأن تكون إحداهما أحسن والأخرى أخْوَف ، لم يجز ، وإن كان مثلها فى السهولة ، والحُزُونَة[1] والأمْن ، أو التى يعدل إليها أقلّ ضرراً ، فذكر القاضى : أنّه يجوز وهو قول أصحاب الشافعىّ ، لأن المسافة عُيِّنت ليستوفى بها المنفعة ، ويعلم قدرها بها ، فلم تتعيّن ، كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندى أنه متى كان للمكرى غرض فى تلك الجهة المعيّنة لم يجز العدول إلى غيرها ، مثل من يُكرى جماله إلى مكة ، فيحجّ معها ، فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لـكون أهله بها ، أو ببلد العراق لم يجز الذهابُ بها إلى مصر .

ولو اكرى جماله جملةً إلى بلد لم يجز المستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى جهة أخرى ، وذلك لأنه عيّن المسافة لغرض فى فواته ضرر ، فلم يجز تفويته ، كما فى حقّ المكترى ، فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذى اكترى إليه لم يجز ، وكما لو عيّن طريقا سهلًا أو آمنا ، فأراد سلوك ما يخالفه فى ذلك .

٤١٦٣ (فصـــــل)

ويجوز أن يكترى قميصاً ليلبسه ، لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالعقار ، ولابدّ من تقدير المنفعة بالمدّة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم فى الليل ، فعليه نزعه فى ذلك ، لأن الإطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك،وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه ، لأنه العُرف ، ويلبس القميص على ماجرت العادة به ، ولا يجوز أن يتّزر[2] به ، لأنه يعتمد عليه ، فيشقّه ، وفى اللبس لا يعتمد ، ويجوز أن يرتدى[3] به لأنه أخفّ ، ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه ، وقيل فيه وجه آخر : أنه لا يجوز ، لأنه استعمال لم تجر العادة به فى القميص ، أشبه الاتّزار به .

٤١٦٤ (فصـــــل)

وإن استأجر أرضاً صحّ لما تقدّم ، ولا يصحّ حتى يرى الأرض ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، ولا تعرف إلا بالرؤية ، لأنها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصحّ حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غَرْس ، أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله ، وتأثيره فى الأرض يختلف ، فوجب بيانه ، فإن قال : أجرتكها لتزرعها ،

(١) الحزونة : صعوبة الأرض وشدتها .

(٢) يتزر به . يجعله ازاراً ، وهو ما يغطى الجزء الأسفل من البدن ، كالسروال .

(٣) يرتدى به : يجعله رداء ؛ وهو ما يغطى أعلى الجسم .

أو تغرسها ، لم يصحّ لأنه لم يعيّن أحدهما ، فأشبه مالو قال : بعتُك أحد هذين العبدين ، وإن قال : لتزرعها ماشئت أو تغرسها ما شئت صحّ ، وهذا منصوص الشافعيّ ، وخالفه أكثر أصحابه ، فقالوا : لايجوز ، لأنه لا يدرى كم يزرع ، ويغرس ؟ وقال بعضهم : يصحّ ، ويزرع نصفها ، ويغرس نصفها .

ولنا : أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين ، فصحّ ، كما لو قال : لتزرعها ما شئت ، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله : لتزرعها ما شئت إذنٌ في نوعين ، وأنواع ، وقد صحّ ، فكذلك في الجنسين ، وله أن يغرسها كلّها ، وإن أحبّ زرعها كلّها ، كما لو أذن له في أنواع الزرع كلّه كان له زرع جميعها نوعاً واحداً ، وله زرعها من نوعين ، كذلك ههنا .

وإن أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل :

إحداهن : أكراها للزرع مطلقا ، أو قال : لتزرعها ما شئت ، فإنه يصحّ ، وله زرع ما شاء ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وحُكى عن ابن سُرَيج : أنه لايصحّ حتى يتبينَ الزرع لأن ضرره يختلف ، فلم يصحّ بدون البيان ، كما لو لم يذكر ما يكترى له ، من زرع أو غرس ، أو بناء .

ولنا : أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ، ويباح له جميع الأنواع ، لأنها دونه ، فإذا عمّم ، أو أطلق تناول الأكثر ، وكان له ما دونه ، ويخالف الأجناس المختلفة ، فإنه لا يدخل بعضها في بعض .

فإن قيل : فلو اكترى دابّة للركوب لوجب تعيينُ الراكب ، قلنا : لأن إجارة المركوب لأكثر الركّاب ضرراً لا تجوز ، بخلاف المزروع ، ولأن للحيوان حرمةً في نفسه ، فلم يجُز إطلاق ذلك فيه ، بخلاف الأرض .

فإن قيل : فلو استأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجز أن يُسكنها من يَضُرّ بها ، كالقصّار ، والحدّاد ، فلم قلتم : إنه يجوز أن يزرعها مايضرّ بها ؟ قلنا : السكنى لا تقتضى ضرراً ، فلذلك مُنع من إسكان من يضرّ بها ، لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضى الضرر ، فإذا أطلق كان راضياً بأكثره ، فلهذا جاز ، وليس له أن يغرس في هذه الأرض ، ولا يبنى ، لأن ضرره أكثر من المعقود عليه .

المسألة الثانية : أكراها لزرع حِنطةٍ ، أو نوعٍ بعينه ، فإنّ له زرع ما يعيّنه ، وما ضرره كضرره ، أو دونه ، ولا يتعيّن ما عيّنه في قول عامة أهل العلم ، إلا داود ، وأهل الظاهر ، فإنهم قالوا : لا يجوز له زرع غير ما عيّنه ، حتى لو وصف الحنطة بأنّها سمراء ، لم يجز له أن يزرع بيضاء ، لأنه عيّنه بالعقد ، فلم يجز العدول عنه ، كما لو عيّن المركوب ، أو عيّن الدراهم في الثمن .

ولنا : أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ، ولهذا يستقرّ عليه العوض بمضىّ المدّة ،

إذا تسلم ، الأرض ، وإن لم يزرعها ، وإنما ذكر القمح لتقدّر به المنفعة ، فلم يتعيّن ، كما لو استأجر داراً ليسكنها ، كان له أن يُسكنها غيره ، وفارق المركوب ، والدراهم ، فى الثمن ، فإنّهما معقود عليهما ، فتعيّنا ، والمعقود عليه ههنا منفعة مقدّرة ، وقد تعيّنت أيضاً ، ولم يتعيّن ماقدّرت به ، كما لا يتعيّن المكيال ، والميزان ، فى المكيل والموزون .

المسألة الثالثة : قال ليزرعها حنطة ، وما ضرره كضررها ، أو دونه ، فهذه كالتى قبلها ، إلا أنّه لا يخالف فيها ، لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبينَ ذلك تصريحُ نصّه فزال الإشكال .

المسألة الرابعة : قال : ليزرعها حِنطة ، ولا يزرع غيرها ، فذكر القاضى : أن الشرط باطل ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصحّ الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ، لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله لا يختلف فى غير المؤجّر ، فلم يؤثّر فى العقد ، فأشبه شرط استيفاء المبيع ، أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنّه لا يُسكنها غيرَه وجهاً فى صحّة الشرط ووجهاً آخر فى فساد العقد ، فيخرّج ههنا مثله .

٤١٦٥ (فصل)

وإن أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أنّ له أن يزرعها ، لأن ضرر الزرع أقلّ من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كلّ واحد منهما يضرّ بباطن الأرض ، وليس له البناء ، لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضرّ بظاهر الأرض ، وإن أكراها للزرع لم يكن له الغرس ، ولا البناء ، لأن ضرر الغرس أكثرُ ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ، ولا الزرع ، لأن ضررها يخالف ضرره .

٤١٦٦ (فصل)

ولا تخلو الأرض من قسمين :

أحدها : أن يكون له ماء دائم ، إمّا من نهر لم تجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مدّة لا يؤثّر فى الزرع ، أو من عين نابعة ، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ، ثم يسقى به ، أو من بئر يقوم بكفايتها ، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كلّه دائم . ويصحّ استئجارها للغرس ، والزرع ، بغير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التى تشرب من مياه الأمطار ، وتكتفى بالمعتاد منه ، لأن ذلك بحكم العادة ، ولا ينقطع إلا نادراً ، فهو كسائر الصور المذكورة .

والثانى : أن لا يكون لها ماء دائم ، وهى نوعان .

أحدهما : مايشرب من زيادة معتادة تأتى فى وقت الحاجة ، كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل ،

وما يشرب من زيادة الفُرات، وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المدّ ، والجَزْر ، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بَرَدَى ، أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر ، فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذى تُسقى به ، وبعده ، وحكى ابن الصبّاغ ذلك مذهباً للشافعىّ ، وقال أصحابه : إن أكراها بعد الزيادة صحّ ولا يصحّ قبلها ، لأنها معدومة ، لا نعلم هل يقدر عليها . أو لا ؟

ولنا : أن هذا معتادٌ الظاهر وجوده ، فجازت إجارة الأرض الشاربة به ، كالشاربة من مياه الأمطار ولأن ظنّ القدرة على التسليم فى وقته يكفى فى صحّة العقد . كالسلَم فى الفاكهة إلى أوانها .

النوع الثانى : أن يكون مجىء الماء نادراً ، أو غير ظاهر ، كالأرض التى لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير ، الذى يندر وجوده ، أو يكون شُربها من فيض وادٍ مجيئهُ نادراً ، أو من زيادة نادرة فى نهر ، أو عين غالبة ، فهذه إن أجرّها بعد وجود ماء يسقيها به صحّ أيضاً ، لأنه أمكن الانتفاع بها ، وزرعها ، فجازت إجارتها ، كذات الماء الدائم ، وإن أجرّها قبله للغرس ، أو الزرع ، لم يصحّ ، لأنه يتعذّر الزرع غالباً ، ويتعذّر المعقود عليه فى الظاهر ، فلم تصحّ إجارتها . كالآبق . والمغصوب .

وإن اكتراها على أنها لا ماء لها جاز ، لأنه تمكّن من الانتفاع بها بالنزول فيها . ووضع رَحْله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها ، لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها ، وليس له أن يبنى ، ولا يغرس ، لأن ذلك يُراد للتأبيد ، وتقدير الإجارة بمدّة تقتضى تفريغها عند انقضائها .

فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صحّ مع تقدير المدّة ؟ ، قلنا : التصريح بالبناء والغراس صَرف التقدير عن مقتضاه بظاهره فى التفريغ عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس ، والبناء عمّا يراد له بظاهره ، بخلاف مسألتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها ، وعدم مائها صحّ ، لأنّهما دخلا فى العقد على أنّها لا ماء لها ، فأشبه مالو شرطاه ، وإن لم يعلم عدم مائها ، أو ظنّ المكترى أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصحّ العقد ، ولأنه ربّما دخل فى العقد بناءً على أن المالك لها يُحصِّل لها ماءً ، وأنه يكتريها للزراعة مع تعذّرها .

وقيل : لايصحّ العقدُ مع الإطلاق ، وإن علم بحالها ، لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة ، والأولى صحّته ، لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفى الزرع فهى كالتى لا ماء لها ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه كما ذكرناه .

٤١٦٧ (فصل)

وإن اكترى أرضاً غارقةً بالماء ، لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ، ولا ينحسر ،

فالعقد باطلٌ . لأن الانتفاع بها في الحال غيرُ ممكن ، ولا يزول المانع غالباً ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر في وقت مدّ النيل صحّ العقد ، لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرّة ، وإن كانت الزراعة فيها ممكنةً ، ويخاف غرقها ، والعادةُ غرقُها لم يجز إجارتها ، لأنها في حكم الغارقة ، بحكم العادة المستمرّة .

٤١٦٨ (فصـــــل)

ومتى غرق الزرع ، أو هلك بحريق ، أو جرادٍ أو بَرْدٍ أو غيره ، فلا ضمان على المؤجّر ، ولا خيار للمكترى ، نصّ عليه أحمد ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وهو مذهب الشافعىّ : لأن التالف غير المعقود عليه ، وإنما تلف مال المكترى فيه ، فأشبه من اشترى دكّاناً ، فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغيرِ الزرع ، أو بالزرع في بقية المدّة فله ذلك ، وإن تعذّر ذلك فالأجر لازم له ، لأن تعذّره لفوات وقت الزراعة بسببٍ غير مضمون على المؤجّر ، لا لمعنىً في العين ، وإن تعذّر الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار . لأنه لمعنًى في العين .

وإن تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجّر ضمانه ، لأنه لم يتلفه بمباشرةٍ ، ولا بسببٍ ، وإن قلّ الماء بحيث لا يكفي الزرع فله الفسخ ، لأنه عيب ، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يَسْتَحْصِدَ ، وعليه من المسمّى بحصّته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما بقى من المدّة لأرضٍ لها مثلُ ذلك الماء ، وكذلك إن انقطع الماء بالكلّية ، أو حدث بها عيب ، من غرق يهلك بعض الزرع ، أو يسوء حالُه به .

٤١٦٩ (فصـــــل)

وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدّةً : فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصادَه لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يكون لتفريطٍ من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدّة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يخيّر المالك بعد المدّة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدّة ، لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعُدوانه .

وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض فله ذلك ، لأنه يُزيل الضرر ، ويُسلِّم الأرض على الوجه الذى اقتضاه العقد ، وذكر القاضي : أن على المستأجر نقل الزرع ، وتفريغ الأرض ، وإن اتفقا على تركه بعوض ، أو غيره جاز ، وهذا مذهب الشافعىّ ، بناءً على قوله في الغاصب ، وقياس مذهبنا ما ذكرناه .

الحال الثانى : أن يكون بقاؤه بغير تفريط ، مثل أن يزرع زرعاً ينتهى في المدّة عادة ، فأبطأ لبرد ،

أو غيره ، فإنّه يلزم المؤجّر تركه إلى أن ينتهي ، وله المسمّى ، وأجر المثل لما زاد ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، والوجه الثاني: قالوا : يلزمه نقله ، لأن المدّة ضُرِبت لنقل الزرع ، فيلزم العمل بموجبه ، وقد وُجد منه تفريط ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر في المدة فلم يفعل .

ولنا : أنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه من غير تفريط ، فلزم تركه ، كما لو أعاره أرضاً ، فزرعها ، ثمّ رجع المالك قبل كمال الزرع ، وقولهم : إنه مُفرّط غيرُ صحيحٍ لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها ، وفي زيادة المدّة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة ، وتضييع زيادة مُتيقّنة ، لتحصيل شيء متوهّم على خلاف العادة هو التفريط ، فلم يكن تركه تفريطاً ، ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يُدرك مثلهُ في الإجارة ، فللمالك منعه ، لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حقّ ، فملك منعه منه ، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدّة ، لأنه في أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدّة ، فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال : إذا لم يكن بدّ من المطالبة بالنقل فليكن عند المدّة التي يستحقّ تسليمها إلى المؤجر فارغةً .

٤١٧٠ (فصـــل)

وإذا اكترى الأرض لزرع مدّةً لا يكمل فيها ، مثل أن يكترى خمسةَ أشهر لزرعٍ لا يكمل إلا في سنةٍ نظرنا : فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدّة ، ونقله عنها صحّ ، لأنه لا يُفضي إلى الزيادة على مدّته ، وقد يكون له غرض في ذلك ، لأخذه إياه قصيلًا ، أو غيره ، ويلزمه ما التزم .

وإن أطلق العقد ، ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصحّ ، لأن الانتفاع بالزرع في هـــذه المدّة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض في زرع ضررُه كضرر الزرع المشروط ، أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذُه قصيلًا صحّ العقدُ . لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصحّ لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه ، أشبه إجارة السَّبَخِة[1] له ، فإن قلنـــا : يصحّ ، فإن انقضت المدة ففيه وجهان :

أحدهما : حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدّته ، لأنه ههنا مُفرّط ، واحتمل أن يلزم المكرى تركه بالأجر ، لأن التفريط منه حيث أكراه مدّةً لزرع لا يكمُل فيها ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فالعقد فاسد ، لأنه جمع بين متضادّين ، فإنّ تقدير المدّة يقتضي النقل فيها ، وشرط التبقية يخالفه ، ولأن مدّة التبقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بنقله ، كالتي تقدّمت .

(١) السبخة : بفتح السين مع فتح الباء وسكونها أرض ذات نز وملح .

٤١٧١ (فصــــل)

إذا أجره للغراس سنة صحّ ، لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدّة ، أو أطلق ، وله أن يغرس قبل انقضاء المدّة ، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس ، لزوال عقده ، فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط القلع عند انقضائها لزمه ذلك ، وفاءً بموجَب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكترى تسوية الحُفَر ، وإصلاح الأرض ، لأنهما دخلا على هذا ، لرضاهما بالقلع ، واشتراطهما عليه .

وإن اتفقا على إبقائه بأجر ، أو غيره جاز ، إذا شرطا مدّة معلومةً ، وكذلك لو اكترى الأرض سنةً بعد سنةٍ ، كلّما انقضى عقد جُدّد آخر جاز ، وإن أطلق العقد ، فللمكترى القلع ، لأن الغرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من الدار التى باعها ، وإذا قلع فعليه تسوية الحُفَر ، لأنه نقصٌ دخل على ملك غيره بغير إذنه .

وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدّة ههنا وفى التى قبلها ، لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنه تصرّف فى الأرض تصرّفاً نقصها لم يقتضه عقد الإجارة ، وإن أبى القلع لم يجبر عليه ، إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه ، فيُجبر حينئذ ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له ، لأن تقدير المدة فى الإجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها ، كما لو استأجرها للزرع .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » مفهومه أن ما ليس بظالم له حقّ ، وهذا ليس بظالم ، ولأنه غرس بإذن المالك ، ولم يشرط قلعه ، فلم يُجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدّة ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزرع ، فإنه لا يقتضى التأبيد .

فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد فى الغراس يقتضى التأبيد ، فشرط القلع ينافى مقتضى العقد ، فينبغى أن يُفسده ، قلنا : إنما اقتضى التأبيد من حيثُ إنّ العادة فى الغراس التبقية ، فإذا أطلقه حُمل على العادة ، وإذا شرط خلافه جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط فى الإجارة شرطاً يخالف العادة .

إذا ثبت هذا : فإن ربّ الأرض يخيَّر بين ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يدفع قيمة الغراس ، والبناء ، فيملكه مع أرضه .

والثانى : أن يقلع الغراس ، والبناء ، ويضمن أرش نقصه .

والثالث : أن يقرّ الغراس ، والبناء ، ويأخذ منه أجرَ المثل . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : يختّير بين دفع قيمته ، فيملكه ، وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان ، وبين تركه ، فيكونان شريكين ، وليس بصحيح ، لأن الغراس ملك لغارسه : لم يدفع إليه عنه عوض ، ولا رضى بزوال ملكه عنه ، فلا

يزول عنه ، كسائر الغَرْس ، وإن اتفقا على بيع الغراس ، والبناء لمالك جاز ، وإن باعهما صاحبُهما لغير مالك الأرض جاز ، ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع ، وقال أصحاب الشافعيّ فى أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الأرض ، لأن ملكه ضعيف ، بدليل أن لصاحب الأرض تملّكه عليه بالقيمة من غير إذنه .

ولنا : أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الأرض ، فجاز لغيره ، كشِقْصٍ مشفوعٍ ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، فإن للشفيع تملّك الشِّقص ، وشراءه ، ويجوز بيعه لغيره ، فأما إن شرط فى العقد تبقية الغراس : فذكر القاضى أنه صحيح ، وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب الشافعىّ ، ويحتمل أن يبطل العقد ، لأنه شرط ما ينافى مقتضى العقد ؛ فلم يصحّ ، كما لو شرط ذلك فى الزرع لا يكمل قبل انقضاء المدة . ولأن الشرط باطل . بدليل أنه لا يجب الوفاء به . وهو مؤثّر . فأبطله . كشرط تبقية الزرع بعد مدّة الإجارة .

٤١٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه ، وكسوته ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه . وكسوته ، أو جعل له أجراً . وشرط طعامه ، وكسوته ، فرُوى عنه جواز ذلك ، وهو مذهبُ مالك . وإسحاق ، ورُوى عن أبى بكر، وعمرو أبى موسى رضى الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم . وكسوتهم . ورُوى عنه أن ذلك جائز فى الظِّئْر [1] دون غيرها. اختارها القاضى ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأن ذلك مجهول ، وإنّما جاز فى الظِّئْر لقول الله تعالى : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ [2]) فأوجب لهنّ النفقة ، والكسوة ، على الرّضاع ، ولم يفرق بين المطلّقة ، وغيرها ، بل فى الآية قرينة تدلّ على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها ، وكسوتها بالزوجيّة ، وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : (وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ [3]) والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة فى الحضانة ، والرضاع غيرُ معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . ورُوى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحالٍ ، لا فى الظِّئْر ولا فى غيرها ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ،

(١) الظئر : هى الحانية على ولد غيرها المرضعة له من الناس وغيرهم ، يعنى يطلق على أنثى الحيوان التى ترضع ولد غيرها كالبقرة والشاة والناقة وغيرها . ظئر ، وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى .

(٢) بعض الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٣) هذا جزء من نفس الآية ٢٣٣ .

وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً ، فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً .

ولنا : ما روى ابن ماجه عن عُتْبَةَ بن المنذر ، قال : كُنّا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس)[1] حتى بلغ قصّة موسى قال «إنّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ ثَمانِيَ حِجَجٍ أوْ عَشْراً عَلَى عِفَّةِ فَرْجِهِ وَطَعَامِ بَطْنِهِ » وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا ، ما لم يثبت نَسخُه .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال : كنتُ أجيراً لابنةِ غَزْوانَ بطعامِ بَطْنِي ، وعُقْبَةِ[2] رِجْلِي ، أَحْطِبُ لَهُمْ إِذَا نَزَلُوا ، وأحْدُو بِهِمْ إِذَا رَكِبُوا . ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه ، فلم يظهر له نكير ، فكان إجماعاً ، ولأنه قد ثبت في الظِّئر بالآية ، فيثبُت في غيرها بالقياس عليها ، ولأنّه عوض منفعة ، فقام العُرف فيه مقام التسمية ، كنفقة الزوجة ، ولأن للكسوة عُرفاً ، وهى كسوة الزوجات ، والإطعام عرفٌ وهو الإطعام في الكفّارات ، فجاز إطلاقه ، كنقد البلد ، ونخصّ أبا حنيفة بأنّ ما كان عِوَضا في الرضاع جاز في الخدمة . كالأثمان .

إذا ثبت هذا : فإنّهما إن تشاحّا في مقدار الطعام ، والكسوة رُجع في القوت إلى الإطعام في الكفّارة وفي الكسوة إلى أقلّ ملبوس مثله ، قال أحمد : إذا تشاحّا في الطعام يُحكم له بمُدّ كُلّ يوم ، ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففَسّرت ذلك السنة بأنه مدٌ ، لكلّ مسكين ، ولأن الإطعام مطلق في الموضعين ، فما فُسِّر به أحدُهما يفَسَّر به الآخرُ وليس له إطعام الأجير إلا ما يُوافقه من الأغذية ، لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

٤١٧٣ (فصـــــل)

وإن شرط الأجير كسوة ، ونفقة معلومة ، موصوفة ، كما يوصف في السَّلَمَ جاز ذلك عند الجميع ، وإن لم يشترط طعاماً ، ولا كسوة ، فنفقته ، وكسوته ، على نفسه ، وكذلك الظِّئر ، قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرتُ ، وإن شرط للأجير طعام غيره ، وكسوته موصوفاً جاز ، لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط دراهم معلومةً ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفاً لم يجُز ، لأن ذلك مجهول ، احتمِل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها

(١) يعنى سورة القصص وهى « طسم تلك آيات الكتاب المبين ، نتلو عليك من نبأ موسى وفرعون بالحق لقوم يؤمنون » .

(٢) عقبة بضم العين وسكون القاف هى النوبة أى أركب مرة وأمشى مرة .

مع عدم ذلك ، ولواستأجر دابّة بعلفها ، أو بأجر مُسمًّى ، وعلفها ، لم يجُز ، لأنه مجهول ، ولاعرف له يرجع إليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه ، إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز .

٤١٧٤ (فصـــــل)

وإن استغنى الأجيرُ عن طعام المؤجِّر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض ، أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ، لأنها عِوَضٌ ، فلا تسقط بالغِنَى عنه ، كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك ، لأنه لم يشرط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح ، يشترى له الأجير ما يصلح ، لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقدُ عليه ، فلا يُلزم به ، كالزائد فى القدر .

٤١٧٥ (فصـــــل)

إذا دفع إليه طعامه ، فأحبّ الأجيرُ أن يستَفْضِل بعضَه لنفسه ، نظرتَ : فإن كان المؤجّر دفع إليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته . ويُفْضِل الباقىَ ، أو كان فى تركه لأكله كلِّه ضرر على المؤجّر ، بأن يضْعف عن العمل ، أو يقلّ لَبَنُ الظِّئْر منع منه ، لأنه فى الصورة الأولى لم يُملّكه إيّاه ، وإنما أباحه أكل قدر حاجته ، وفى الثانية على المؤجّر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته ، فمنع منه ، كالجمّال إذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة ، أو دفع إليه أكثر وملّكه إيّاه . ولم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجّر جاز . لأنه حقّ لا ضرر على المؤجّر فيه ، فأشبه الدراهم .

٤١٧٦ (فصـــــل)

وإن قدّم إليه طعاماً فنُهِب . أو تَلِف قبل أكله نظرتَ . فإن كان على مائدة لايخُصّه فيها بطعامه ، فهو من ضمان المستأجِر ، لأنه لم يسلّمه إليه . فكان تفه من ماله . وإن خصّه بذلك وسلّمه إليه فهو من ضمان الأجير ، لأنه تسليم عِوض على وجه التمليك . أشبه البيع .

٤١٧٧ (فصـــــل)

إذا دفع إلى رجل ثوباً ، وقال : بعه بكذا ، فما ازددتَ فهو لك صحّ ، نصّ عليه أحمد فى رواية أحمد بن سعيد ، ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن سيرين ، وإسحاق ، وكرهه النخَعِىّ ، وحمّاد ، وأبو حنيفة ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم .

ولنا : ما رَوى عطاء ، عن ابن عباس : أنه كان لا يرى بأساً أن يُعطى الرجُل الرجَل الثوبَ أو غير ذلك فيقول : بعه بكذا ، وكذا ، فما ازددتَ فهو لك ، ولا يُعرف له فى عصره مخالف ، ولأنها عين تَنْمىَ بالعمل فيها ، أشبه دفع مال المضاربة .

إذا ثبت هذا : فإن باعه بزيادة فهي له ، لأنه جعلها أجرةً ، وإن باعه بالقدر المسمَّى من غير زيادة فلا شيء له ، لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصحّ البيعُ ، لأنه وكيلٌ مخالف ، وإن تعذّر ردّه ضمن النقص .

وقد قال أحمد : يضمن النقصان مُطلقا ، وهذا قد مضى مثله فى الوكالة ، وإن باعه نسيئةً لم يصحّ البيع ، لأن إطلاق البيع يقتضى النقد ، لما فى النسيئة من ضرر التأخير ، والخطر بالمال ، ليحصُل له نفعُ الربح ، ويُفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نَساءً ، لأنه يحصُل لربّ المال نفعٌ بما يحصل من الربح فى مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لربّ المال فى الربح بحالٍ ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو فى النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود ربّ المال الربح ، ولاحظّ له فيه ، فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد فى رواية الأثرم : ليس له شيء ، يعنى إذا زاد على العشرة ، لأن الإطلاق إنّما اقتضى بيعَها حالاً ، فإذا باعها نسيئةً ، فلم يمتثل الأمر ، فلم يستحقّ شيئاً .

٤١٧٨ (فصـــل)

قال أحمد رحمه الله فى رواية مهنا : لا بأس أن يحصُد الزرع ، ويَصْرِمَ[١] النّخْلَ بسُدُس ما يخرُج منه ، وهو أحبُّ إلىّ من المقاطعة ، إنّما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً ، واختاره أحمد على المقاطعة ، مع أنها جائزة ، لأنه ربّما لم يخرُج من الزرع مثلُ الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقلّ منه ضرورةً .

٤١٧٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الظِّئْر ﴾

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها ، وكسوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه . وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر ، وهى المرضعة . وهو فى كتاب الله تعالى فى قوله سبحانه وتعالى (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[٣] واسترضَعَ النبىُّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره ، فإن الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع ، وقد يتعذّر رضاعه من أمّه ، فجاز ذلك ، كالإجارة فى سائر المنافع ، ثم ننظر : فإن استأجرها للرضاع دون الحضَانة ، أو للحضَانة[٢] دون الرضاع ، أو لهما جاز . وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضَانة ؟ فيه وجهان :

(١) يصرم النخل يجزه ، ويقطع سباطاته
(٢) الحضانة بكسر الحاء : تربية الطفل ، أو حمله فى الحضن ؛ والمراد هنا الأول .
(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق

أحدها : لا تدخل . وهو قول أبي ثور ، وابن المنذر ، لأن العقد ما تناولها .

والثانى : تدخل ، وهو قول أصحاب الرأى . لأن العرف جارٍ بأن المرضعة تحضن الصبىّ ، فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف ، والعادة ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

والحِضَانة : تربية الصبىّ ، وحفظُه وجعلُه فى سريره ، وربطُه ، ودَهْنُهُ ، وكَحْلُه ، وتنظيفُه ، وغسْلُ خِرَقه ، وأشباه ذلك ، واشتقاقه من الحِضْن ، وهو ما تحت الإبط ، وما يليه ، وسُمِّيت التربية حِضَانَةً تجوُّزاً ، من حِضَانة الطير لبيضه ، وفِراخه . لأنه يجعلُها تحت جناحيه ، فسمّيت تربيةُ الصبىّ بذلك ، أخذاً من فعل الطائر .

٤١٨٠ (فصـــــل)

ويشترط لهذا العقد أربعة شروط :

أحدها : أن تكون مدّة الرضاع معلومةً . لأنه لا يمكن تقديره إلا بها . فإن السقى والعمل فيها يختلف .

الثانى : معرفة الصبىّ بالمشاهدة . لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبىّ فى كبره ، وصغره ، ونَهمته ، وقَناعَتِهِ . وقال القاضى : يُعرف بالصفة كالراكب .

الثالث : موضع الرضاع . لأنه يختلف ، فيشقّ عليها فى بيته ، ويسْهل عليها فى بيتها .

الرابع : معرفة العوض ، وكونه معلوماً كما سبق .

٤١٨١ (فصـــل)

واختلف فى المعقود عليه فى الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبىّ ، وحملُه ، ووضع الثدى فى فمه تبع ، كالصِّبغ فى إجارة الصبّاغ ، وماء البئر فى الدار . لأن اللبن عين من الأعيان ، فلا يعقد عليه فى الإجارة ، كلبن غيرالآدمىّ ، وقيل : هو اللبن . قال القاضى : هو أشبه . لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لوأرضعته دون أن تخدمه استحقّت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحقّ شيئاً . ولأن الله تعالى قال (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[1] فجعل الأجر مرتّباً على الإرضاع ، فيدلّ على أنه المعقود عليه . ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها .

وأمّا كونه عيناً ، فإنّما جاز العقد عليه فى الإجارة رُخْصَةً . لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا فى الآدَميّين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمىّ ، والحاجة إلى إبقائه .

---

(١) الآيه ٦ من سورة الطلاق .

٤١٨٢ (فصــــل)

وعلى المرضعة أن تأكل ، وتشرب مايَدِرّ به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبتها بذلك . لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفى تركه إضرار بالصبىّ ، ومتى لم ترضعه ، وإنما أسقته لبن الغنم ، أو أطعمته فلا أجر لها . لأنها لم توف المعقود عليه ، فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب ، فلم تخطه . وإن دفعته إلى خادمتها ، فأرضعته ، فكذلك . وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : لها أجرها . لأن رضاعه حصل بفعلها.

ولنا : أنها لم ترضعه ، فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته ، فأنكر المسترضع ، فالقول قولها ، لأنها مؤتمنة .

٤١٨٣ (فصــــل)

ويجوز للرجل أن يؤجّر أمته ، ومدبّرته ، وأمّ ولده ، ومنْ عُلّق عتقُها بصفة ، والمأذون لها فى التجارة للارضاع . لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إجارتها للخدمة . وليس لواحدة منهنّ إجارةُ نفسها . لأن نفعها لسيّدها .

وإن كان لها ولد لم تجز إجارتها للارضاع ، إلا أن يكون فيها فضلٌ عن ربّه . لأن الحقّ لولدها ، وليس لسيّدها إلا ما فضل عنه .

وإن كانت مزوّجة لم تجز إجارتها لذلك إلا بإذنه . لأنه يفوّت حقّ الزوج ، لاشتغالها عنه بإرضاع الصبىّ ، وحِضَانته . فإن أجّرها للرضاع ، ثم زوّجها صحّ النكاح ، ولا ينفسخ عقد الإجارة ، ويكون للزوج أن يستمتع بها فى حال فراغها من الرضاع ، والحِضَانة . وقال مالك : ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر . لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه .

ولنا : أن وطء الزوج مستحقّ ، فلا يسقط لأمر مشكوك فيه . وليس للسيد إجارة مكاتبته . لأن منافعها إليها ، ولذلك لم يملك سيّدها تزويجها ، ولا وطأها ، ولا إجارتها فى غير الرضاع ، ولها أن تؤجرّ نفسها ، لأنه من جهات الاكتساب .

٤١٨٤ (فصــــل)

ويجوز للرجل استئجار أمه ، وأخته ، وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف ، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز ، هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخِرَقىّ فقال : وإن أرادت الأمّ أن تُرضعه بأجرِ مثلها . فهى أحقُّ به ، من غيرها ، سواء كانت فى حِبال الزوج أو مُطلَّقةً .

وقال القاضى : ليس لها ذلك ، وتأول كلام الخِرَقىّ على أنها فى حبال زوج آخرَ . وهذا قول أصحاب الرأى : وحُكى عن الشافعىّ ، لأنه قد استحقّ حَبْسها ، والاستمتاع بها بعوض . فلا يجوز أن يلزمه عوضٌ آخر لذلك .

ولنا : أن كلّ عقد يصحّ أن تعقده مع غير الزوج ، يصحّ أن تعقده معه ، كالبيع . ولأن منافعها فى الرضاع والحضَانة غيرُ مستَحقّة للزوج . بدليل أنه لا يملك إجبارها على حِضَانة ولدها ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العِوَض من غيره ، فجاز لها أخذُه منه ، كثمن مالها . وقولهم إنها استحقّت عوض الحبس ، والاستمتاع . قلنا : هذا غير الحضَانة ، واستحقاقُ منفعةٍ من وجه لا يمنع استحقاق منفعةٍ سواها بِعوض آخرَ ، كما لو استأجرها أولاً ثم تزوّجها ، وتأويل القاضى كلامَ الخرقىّ يُخالف الظاهر من وجهين :

أحدهما : أن الألف واللام فى الزوج للمعهود ، وهو زوجها أبو الطفل .

والثانى. أنها إذا كانت فى حبال زوج آخر لا تكون أحقّ به، بل يسقط حقُّها من الحضَانة، ثم ليس لها أن تُرضع إلا بإذن زوجها ، ففسد التأويل .

٤١٨٥ (فصـــــــل)

وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة ، لفوات المنفعة بهلاك محلّها وحُكى عن أبى بكر أنها لا تنفسخ ، ويجب فى مالها أجر من تُرضعه تمامَ الوقت ، لأنه كالدين .

ولنا : أنه هلك المعقود عليه ، أشبه مالو هلكتْ البهيمةُ المستأجرة . وإن مات الطفل انفسخ العقد لأنه يتعذّر استيفاء المعقود عليه . لأنه لا يمكن إقامة غيره مُقامه ، لاختلاف الصبيان فى الرضاع ، واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنّه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا منصوص الشافعىّ . وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الإجارة من أصلها ، ورجع المستأجر بالأجر كلّه ، وإن كان فى أثناء المدّة رجع بحصّة مابقى .

٤١٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويستحبّ أن تُعطى عند الفطام عبداً ، أو أمةً كما جاء فى الخبر إذا كان المسترضَعُ موسراً ﴾

يعنى بالخبر ما رَوى أبو داود بإسناده ، عن هشام بن عُروة ، عن أبيه ، عن حَجّاج ابن حجّاج الأسْلَمىّ ، عن أبيه ، قلت يارسول الله : مَا يذهِبُ عَنِّى مَذَمَّةَ الرَّضاع ؟ قال « الْغرَّةُ الْعَبْدُ أو الأمَة » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، قال ابن الجوزىّ : المذمّة بكسر الذال ، من الذِّمام ، وبفتحها من الذمّ ، قال ابن عقيل : إنما خصّ الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها . لأن فعلها فى إرضاعه ، وحضَانته سببُ حياته ، وبقائه ، وحفظ رقبته ، فاستُحبّ جعلُ الجزاء هبتَها رقبةً ، ليناسب بين النعمة ، والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمًا فقال تعالى (وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاّتِى أَرْضَعْنَكُمْ [1]) وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم «لاَ يَجْزِى ولَدٌ وَالِدَهُ إلاّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيُعْتِقَهُ » وإن كانت المرضعة مملوكة استُحِبّ إعتاقها . لأنه

(١) بعض الآية ٢٣ . من سورة النساء .

يحصل أخصُّ الرقاب بها : لها ، وتحصُل به المجازاة التي جعلها النبيُّ صلّى الله عليه وسلم المجازاة للوالد من النسب .

٤١٨٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : (ومن اكترى دابّة إلى موضع، فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوز ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها) .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٤١٨٨ (أحـــدها)

في الأجر الواجب وهو المسمّى ، وأجر المثل للزائد . نصّ عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضي ذلك . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبي الزناد : أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة ، وقال : ربّما اختلفوا في الشيء ، فأخذنا بقول أكثرهم ، وأفضلهم رأياً ، فكان الذي وعيتُ عنهم على هذه الصفة: أنّ من اكترى دابّة إلى بلد ، ثم جاوز ذلك إلى بلدٍ سواه . فإن الدابّة إن سلمت في ذلك كلّه أدّى كراءها ، وكراءها مابعدها ، وإن تلفت في تعدّيها ضمنها ، وأدّى كراءها الذي تكاراها به ، وهذا قول الحكم ، وابن شُبْرُمَةَ ، والشافعيّ .

وقال الثوريّ ، وأبوحنيفة : لا أجر عليه لما زاد ، لأن المنافع عندهما لا تُضمن في الغصب ، وحُكي عن مالك : أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يُخيَّر صاحبُها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدّي، لأنه متعد بإمساكها ، حابسٌ لها عن أسواقها ، فكان لصاحبها تضمينُها إيّاه .

ولنا أن العين باقية بحالها ، يمكن أخذها ، فلم تجب قيمتها ، كما لو كانت المسافة قريبة ، وما ذكره تحكّم لادليل عليه ، ولا نظير له ، فلايجوز المصير إليه ، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب .

٤١٨٩ الفصل الثاني في الضمان

ظاهر كلام الخِرقيّ وجوب قيمتها إذا تلفت به ، سواء تلفت في الزيادة ، أو بعد ردّها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى ، أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة ، إذا تلفت حال التعدّي لما حكينا عنهم ، وقال القاضي : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلّمها إلى صاحبها ليمسكها ، أو يَسقِيَها ، فتلفت ، فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها ، أو حمله عليها ، فعليه ضمانها .

وقال أبو الخطاب : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميعُ قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصفُ قيمتها . وقال أصحاب الشافعيّ : إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلّها ، وإن كان

معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى ، لأنها تلفت فى يد صاحبها ، أشبه مالو تلفت بعد مدة التعدى.
وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان :

أحدهما : يلزمه نصفُ قيمتها، لأنها تلفت بفعل مضمون ، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحته ، وجراحة مالكها .

والثانى : تُقسّط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ، ووجب الباقى ، ونحوُ هذا قول أبى حنيفة ، فإنه قال : من اكترى جملاً لحمل تسعة ، فحمل عشرةً ، فتلف . فعلى المكترى عُشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة ، إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعدى ، ولم يكن صاحبها مع راكبها ، فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها ، لأنها تلفت فى يد عادية ، فوجب ضمانها ، كالمغصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب ، أو تحت حمله ، وصاحبُها معها . لأن اليد للراكب ، وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابةً أحدُهما راكبُها ، أوله عليها حِمْلٌ ، والآخر آخذٌ بزمامها ، لكانت للراكب ، ولصاحب الحِمل . ولأن الراكب متعدٍّ بالزيادة ، وسكوت صاحبها لا يُسقط الضمان ، كمن جلس إلى إنسان ، فخرق ثيابه ، وهو ساكت ، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة مُوقَرة[1] فغرّقها .

فأما إذا تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها ، فينظر : فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل ، والسير ، فهو كما لو تلفت تحت الحمل ، والراكب ، وإن تلفت بسبب آخرَ ، من افتراس سبُعٍ ، أو سقوط فى هُوّة[2] ونحو ذلك فلا ضمان فيها ، لأنها لم تتلف فى يد عادية ، ولا بسبب عدوان ، وقولهم تلفت بفعل مضمون ، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحتين ، يبطُل بما إذا قُطِع السارق ، ثم قَطع آخر يده عُدواناً ، فمات منهما ، وفارق ما إذا جرح نفسه ، وجرحه غيره ، لأن الفعلين عدوان ، فقسّم الضمان عليهما .

٤١٩٠ (فصــــــل)

ولا يسقط الضمان بردّها إلى المسافة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعى . وقال محمد : يسقُط ، كما لو تعدّى فى الوديعة ، ثم ردّها .

ولنا : أنها يد ضامنة ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد ، وما ذكروه فى الوديعة لا نسلّمه إلا أن يردّها إلى مالكها ، أو يجدّد له إذناً .

---

(١) موقرة : محملة ثقيلة بحملها .
(٢) الهوة : الحفرة أو ما انخفض من الأرض

٤١٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه ﴾

وجملة ذلك : أن من اكترى لحمل شيء ، فزاد عليه ، مثل أن يكتريها لحمل قفيزين ، فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكترى إلى موضع ، فجاوزه إلى سواه فى وجوب الأجر المسمّى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت ، هذا قول الشافعيّ ، وحكى القاضى : أن قول أبى بكر فى هذه المسألة وجوبُ أجر المثل فى الجميع ، وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً ، فزرعها حنطةً ، قال : عليه أجر المثل للجميع، لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبه ما لو استأجر أرضاً ، فزرع أخرى ، فجمع القاضى رحمه الله بين مسألة الخرقىّ ، ومسألة أبى بكر ، وقال : يُنقل قولُ كلٍّ واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما فى أن الزيادة لا تتميّز ، فيكون فى المسألتين وجهان ، وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً ، فإن الذى حصل التعدّى فيه فى الحمل متميّز عن المعقود عليه ، وهو القفيز الزائد ، بخلاف الزرع، ولأنه فى مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها ، وزاد ، وفى الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ، ولهذا علّله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ، ولا يصحّ هذا القول فى مسألة الحمل . فإنه قد حمل المعقود عليه ، وزاد عليه ، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى مسافةً ، وزاد عليها أشدّ ، وشبَهُها بها أشدّ ، ولأنه فى مسألة الحمل مُتعدّ بالزيادة وحدها ، وفى مسألة الزرع متعدّ بالزرع كلّه ، فأشبه الغاصب .

فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضاً لزرع الشعير ، فزرع حِنْطةً ، فقد نصّ أحمد فى رواية عبدالله، فقال : يُنظر ما يدخُل على الأرض من النقصان ، ما بين الحنطة ، والشعير ، فيُعطى ربُّ الأرض ، فجعل هذه المسألة كمسألتى الخِرَقِىّ فى إيجاب المسمّى،وأجر المثل للزائد ،ووجهه أنّه لما عيّن الشعير لم يتعيّن،ولم يتعلّق العقد بعينه ، كما سبق ذكره .

ولهذا قلنا : له زرع مثله ، وما هو دونه فى الضرر ، فإذا زرع حنطةً فقد استوفى حقه ، وزيادة ، أشبه ما لو اكتراها إلى موضع ، فجاوزه ، وقال أبو بكر : له أجر المثل ، وعلّله بأنه عدل عن المعقود عليه ، فإن الحنطة ليست شعيراً ، وزيادة ، وإن قلنا: إنّه قد استوفى المعقود عليه،وزيادة ، غير أن الزيادة ليست متميّزة عن المعقود عليه ، بخلاف مسألتى الخرقىّ ، وقال الشافعى : المكترى مخيّر بين أخذ الكراء ، وما نقصت الأرض عمّا ينقصُها الشعير ، وبين أخذ كراء مثلها للجميع ، لأن هذه المسألة أخذت شبهاً من أصلين .

أحدهما : إذا ركب دابّةً فجاز بها المسافة المشروطة ، لكونه استوفى المعقود عليه ، وزيادة .

والثانى : إذا استأجر أرضاً ، فزرع غيرها . لأنه زرع متعدّياً . فلهذا خيّره بينهما . ولأنه وُجد سبب يقتضى كلّ واحد من الحكمين . وتعذّر الجمع بينهما . فكان له أوفرهما . وفوّض اختياره إلى المستحقّ .

كقتل العمد . ومن نصر أبا بكر قال : هذا متعدٍّ بالزرع كلّه . فكان عليه أجر المثل . كالغاصب . ولهذا يملك ربُّ الأرض منعه من زرعه . ويملك أخذه بنفقته ، إذا زرعه ، ويُفارق من زاد على حقّه زيادةً متميّزة ، فإنه غيرُ متعدٍّ بالجميع . إنما تعدّى بالزيادة وحدها . ولهذا لا يملك المُكرى منعه من الجميع .

ونظير هاتين المسألتين من اكترى غُرفةً ليجعل فيها أقْفِزَةَ حِنْطةٍ ، فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن ، فجعل فيها قنطاراً من حديد ، ففي الأولى له المسمّى ، وأجر الزيادة ، وفي الثانية يخرّج فيها من الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذي يزرع أضرّ مما اكترى له حكم الغاصب ، لربّ الأرض منعه في الابتداء ، لما يلحقه من الضرر ، فإن زرع فربّ الأرض مخيّر بين ترك الزرع بالأجر ، وبين أخذه ، ودفع النفقة ، وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه ، فله الأجرة لا غيرُ على ما ذكرنا في باب الغصب .

٤١٩٢ (فصـــل)

وإن اكترى دابّةً إلى مسافة ، فسلك أشقَّ منها ، فهي مثلُ مسألة الزرع ، يخرّج فيها وجهان .

قياس المنصوص عن أحمد أنّ له الأجر المسمّى ، وزيادة ، لكون المسافة لا تتعيّن على قول أصحابنا ، وقياس قول أبي بكر ، إنّ له أجرُ المثل . لأن الزيادة غير متميّزة ، ولأنه متعدٍّ بالجميع ، بدليل أن لربّ الدابّة منعه من سلوك تلك الطريق كلّها ، بخلاف من سلك تلك الطريق ، وجاوز ، فانّه إنما يمنعه الزيادة لا غيرُ ، وإن اكترى لحمل قُطن ، فحمل بوزنه حديداً ، أو لحمل حديدٍ فحمل قطناً ، فالصحيح أن عليه أجرَ المثل ههنا ، لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحقّ بعقد الإجارة ، وزيادة عليه ، بخلاف ماقبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان في الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل : ما كان متميّزاً ، وما لم يكن متميزاً ، فتلحق كلّ مسألة بنظيرتها ، والله أعلم .

٤١٩٣ (فصـــل)

إذا أكراه لحمل قفيزين ، فحملهما ، فوجدهما ثلاثةً ، فإن كان المكترى تولى الكيل ، ولم يعلم المُكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء ، فزاد عليه ، وإن كان المُكْرى تولّى كيله وتعبيتَه ، ولم يعلم المكترى ، فهو غاصبٌ ، لا أجر له في حمل الزائد ، وإن تلفت دابّته فلا ضمان لها ، لأنها تلفت بعدوان صاحبها ، وحكمه في ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره .

وإن تولّى ذلك أجنبي ، ولم يعلم المكرى ، والمكترى ، فهو متعدٌّ عليهما ، يلزمه لصاحب الدابّة الأجرُ ويتعلّق به الضمان ، ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه ، وسواء كاله أحدهما ، ووضعه الآخرُ على ظهر الدابة ، أو كان الذى كاله ، وعبّاه وضعه على ظهرها .

وقال أصحاب الشافعيّ في أحد الوجهين : إذا كاله المكتري ، ووضعه المُكري على ظهر البهيمة لا ضمان على المكتري ، لأن المكري مُفرِّط في حمله .

ولنا : أن التدليس ليس من المكتري ، إذ أخبره بكيلها على خلاف ماهو به ، فلزمه الضمان ، كما لو أمر أجنبياً بتحميلها ، فأمّا إن كالها المكتري ، ورفعها المكري على الدابّة عالماً بكيلها لم يضمن المكتري دابّته إذا تلفت ، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ، ولا تغرير ، وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : لا أجر له ، لأن المكتري لم يجعل له على ذلك أجراً .

والثاني : له أجر الزائد ، لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة ، فجرى مجرى المعاطاة في البيع ، ودخول الحمّام من غير تقدير أجره ، وإن كاله المكري وحمله المكتري على الدابّة عالماً بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها ، فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان ، كما لو حمله المكري عليها ، لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ، وإن كاله أحدهما ، وحمله أجنبيّ بأمره فهو كما لو حمله الذي كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر ، وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ، ثم حمله .

٤١٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يكترى مدّة غَزَاته ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : قدعرف وجه ذلك ، وأرجو أن يكون حقيقاً .

ولنا : أن هذه إجارة في مدّة مجهولة ، وعمل مجهول ، فلم يجز ، كما لو أكراها لمدّة سفره في تجارته ، ولأن مدّة الغَزاة تطولُ ، وتقصرُ ، ولا حدّ لها تُعرف به ، والعمل فيها يقلّ ، ويكثر ، ونهاية سفرهم تقرُب وتبعُد ، فلم يجز التقدير بها ، كغيرها من الأسفار المجهولة ، فإن فعل ذلك فله أجرُ المثل ، لأنه عقدٌ عَلَى عوض لم يَسْلَمْ له ، لفساد العقد ، فوجب أجر المثل ، كسائر الإجارات الفاسدة .

٤١٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن سمّى لكلّ يوم شيئاً معلوماً فجائز ﴾

وجملته : أن من اكترى فرساً مدّة غزوه كلّ يوم بدرهم ، فالمنصوص عن أحمد صحّته ، وقال الشافعيّ : هذا فاسد . لأن مدّة الاجارة مجهولة .

ولنا : أن علياً رضي الله عنه أجّر نفسه كلّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وكذلك الأنصاريّ ولم يُنكره النبيّ

صلى الله عليه وسلم ، ولأن كلّ يوم معلوم مدّته ، وأجرته ، فصحّ ، كما لو قال : أجرتكها شهراً ، كلّ يوم بدرهم ، أو قال : استأجرتك لنقل هذه الصُّبرة كل قفيز بدرهم ، ولابدّ من تعيين ما يستأجر له ، إما لركوب أو حمل معلوم ، ويستحقّ الأجر المسمّى لكلّ يوم ، سواء كانت مقيمة ، أو سائرة ، لأن المنافع ذهبت فى مدّته ، فأشبه ما لو اكترى داراً ، فأغلقها ، ولم يسكُنها ، وإن أجرّ نفسه لسقى نخل كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ أو بفَلْسٍ ، أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ، ولأن كلّ عمل معلوم له عوض معلوم ، فجاز كما لو سمّى دِلاءً معروفةً ، ولابد من معرفة الدلو ، والبئر ، وما يستقى به ، لأن العمل يختلف به .

٤١٩٦ (فصـــــــل)

ونقل أبوالحارث عن أحمد ، فى رجل استأجر دابّة فى عشرةِ أيام ، بعشرة دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكلّ يوم درهم ، فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابّة من مكّة إلى جدّة بكذا ، فإن ذهب إلى عَرَفاتٍ بكذا ، فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه : لو قال : أكريتُكها بعشرة ، فما حبستها ، فعليه كلّ يوم عشره .

وهذه الروايات تدلّ على أن مذهبه أنه متى قدّر لكلّ عمل معلوم أجراً معلوماً صحّ ، ويتأوّل القاضى هذا كلّه على أن يصحّ فى الأول ، ويفسُد فى الثانى ، لأن مدّته غير معلومة ، فلم يصحّ العقد فيه ، كما لو قال : استأجرتُك لتحمل لى هذه الصُّبرة ، وهى عشرة أقفزة بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا . فإن قوله : فهو جائز عاد إلى جميع ماذكر قبله ، وكذلك قوله : لابأس ، ولأن لكل عمل عوضاً معلوماً ، فصحّ كما لو استقى له كلّ دلو بتَمْرةٍ ، وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ، ومسألة الصُّبرة لانصّ فيها عن الإمام ، وقياسُ نصوصه صحّة الإجارة ، وإن سلم فسادها ، فلأن القُفزان التى شرط حملها غير معلومةٍ بتعيينٍ ، ولاصفةٍ ، وهى مختلفة فلم يصحّ العقد ، لجهالتها ، بخلاف الأيام ، فإنها معلومة .

٤١٩٧ (فصـــــــل)

وإن قال : إن خطتَ هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غداً فلك نصف درهم ، فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما : لا يصحّ ، وله أجر المثل ، نقلها أبو الحارث عن أحمد . وهذا مذهبُ مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ، فلم يصحّ كما لو قال : بعتك نقداً بدرهم ، أو بدرهمين نسيئةً .

والثانية : يصحّ ، وهو قول الحارث العُكْلِىّ ، وأبى يوسف ، ومحمد ، لأنه سمّى لكُلِّ عمل عوضاً معلوماً ، فصحّ كما لو قال : كلّ دُلوٍ بتمرة .

وقال أبو حنيفة : إن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً لا يُزاد على درهم ، ولا يُنْقَصُ عن نصف درهم ، لأن المؤجّر قد جعل له نصف درهم ، فلا ينقُص منه ، وهو قد رضى فى أ كثر العملين بدرهم ، فلا يُزاد عنه ، وهذا لا يصحّ ، لأنه إن صحّ العقدُ فله المسمّى ، وإن فسد فوجوده كالعدم ، ويجب أجر المثل ، كسائر العقود الفاسدة .

٤١٩٨ (فصـــل)

وإن قال : إن خطتَه روميًّا فلك درهم ، وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم ، ففيها وجهان ، بناء على التى قبلها ، والخلاف فيها كالتى قبلها ، لأن أبا حنيفة وافق صاحبه فى الصحّة ههنا .

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعيّن فيه العوض ، ولا المعوّض ، فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك هذا بدرهم ، أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كلّ دلو بتمرة من وجهين : أحدهما : أن العمل الثانى ينضمّ إلى العمل الأول ، ولـكل واحد منهما عوض مقدّر ، فأشبه ما لو قال : بعتُك هذه الصُّبرةُ كلّ قفيزٍ بدرهم ، وههنا الخياطة واحدة ، شرط فيهـا عوضاً إن وُجِدت على صفةٍ ، وعوضا آخرَ إن وُجدت على أخرى ، فأشبه مالو باعه بعشرة صحاح ، أو إحدى عشرة مكسَّرة . والثانى : أنه وقف الإجارة على شرطٍ بقوله : إن خطته كذا ، فلك كذا ، وإن خطته كذا ، فلك كذا ، بخلاف قوله ، كلّ دلو بتمرة .

٤١٩٩ (فصـــل)

ونقل مهنا عن أحمد ، فيمن استأجر من حمّال إلى مصر بأربعين ديناراً ، فإن نزل دمشق فـكراؤه ثلاثون ، فان نزل الرَّقّة فـكراؤه عشرون ، فقال : إذا اكترى إلى الرقّة بعشرين ، وا كترى إلى دمشق بعشرة ، وا كترى إلى مصر بعشرة ، جاز ، ولم يكن للحمّال أن يرجع .

فظاهر هذا أنّه لم يحكم بصحّة العقد الأول ، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، لـكونه خيّره بين ثلاثة عقود ، ويخرّج فيه أن يصحّ ، بناء على المسألتين قبل هذا ، ونقل البِرْزاطِىّ عن أحمد ، فى رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الـكوفة ، وقال : إن وصَّلتَ الـكتاب يوم كذا ، وكذا ، فلك عشرون ، وإن تأخّرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة ، فالإجارة فاسدة ، وله أجر مثله ، وهذا مثل الذى قبله .

ونقل عبد الله فيمن ا كترى دابّة ، وقال : إن رَدَدْتَها غداً فـكراؤها عشرة ، وإن رددتّها اليوم فـكراؤها خمسة ، فلا بأس ، وهذه الرواية تدلّ على صحّه الإجارة ، والظاهر عن أحـمـد فى رواية الجماعة فيما ذكرنا فسادُ العقد ، وهو قياس بيعتين فى بيعة ، والله أعلم .

٤٢٠٠ (فصل فى مسائل الصُّبرة وفيها عشرُ مسائل)

أحدها : قال : استأجرتك لتحمل لى هذه الصُّبرة إلى مصر بعشرة ، فالإجارة صحيحة ، بغير خلاف

نعلمه ، لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة ، التى يجوز بيعها بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كما لو علم كيلها .

الثانية : قال : استأجرتك لتحملها لى كلّ قفيز بدرهم ، فيصحّ أيضاً ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يصحّ فى قفيز ، ويُبطل فيما زاد ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها ، وقد ذكرناه .

الثالثة : قال : لتحملها لى قفيزاً بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك ، فيجوز ، كما لو قال : كلّ قفيز بدرهم وكذلك كلُّ لفظ يدلّ على إرادة حمل جميعها ، كقوله : لتحمل منها قفيزاً بدرهم ، وسائرها ، أو باقيها بحساب ذلك ، أو قال : وما زاد بحساب ذلك يُريد به باقيها كلّه ، إذا فهما ذلك من اللفظ ، لدلالته عندهما عليه ، أو لقرينة صَرفت إليه .

الرابعة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرهم، وما زاد فبحساب ذلك ، يريد مهما حملتَ من باقيها فلا يصحّ ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ لأن المعقود عليه بعضها ، وهو مجهول .

ويحتمل أن يصحّ ، لأنه فى معنى كلّ دلو بتمرة .

الخامسة : قال : لتنقل لى منها كلّ قفيز ، بدرهم ، فهى كالرابعة سواء .

السادسة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرهم ، على أن تحمل الباقى بحساب ذلك ، فلا يصحّ ، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويحتمل أن يصحّ ، لأن معناه : لتحمل لى كلّ قفيز بدرهم .

السابعة : قال : لتحمل لى هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم ، وتنقل لى صُبرة أخرى فى البيت ، بحساب ذلك ، فإن كانا يعلمان الصّبرة التى فى البيت بالمشاهدة صحّ فيهما ، لأنهما كالصبرة الواحدة ، وإن جهلها أحدهما صحّ فى الأولى ، وبطل فى الثانية ، لأنهما عقدان ، أحدهما على معلوم ، والثانى على مجهول ، فصحّ فى المعلوم ، وبطل فى المجهول ، كما لو قال : بعتك عبدى هذا بعشرة ، وعبدى الذى فى البيت بعشرة .

الثامنة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة ، والتى فى البيت بعشرة ، فإن كانا يعلمان التى فى البيت صحّ فيهما وإن جهلاها بطل فيهما ، لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ، ومجهول ، بخلاف التى قبلها ، فإن كانا يعلمان التى فى البيت ، لكنّها مغصوبة ، أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختصّ بها ، بطل العقد فيها ، وفى صحته وفى صحة الأخرى وجهان ، بناء على تفريق الصفقة، إلا أنهما إن كانت قفزانهما معلومةً أو قدرأحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحّته ، لأن قسط الأجر فيهما معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه ، لجهالة العوض فيها .

التاسعة : قال : لتحمل لى هذه الصّبرة ، وهى عشرة أقفزة بدرهم ، فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك ، صحّ فى العشرة ، لأنها معلومة ، ولم يصح فى الزيادة ، لأنّها مشكوك فيها ، ولا يجوز العقد على ما يُشَكّ فيه .

العاشرة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، فإن قدِمَ لى طعام فحملته فبحساب ذلك ، صحّ أيضاً فى الصبرة ، وفسد فى الزيادة ، لما ذكرناه .

٤٢٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن اكترى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين ، والمحامل والأغطية ، والأوطئة ، لم يجز الكراء ﴾ .

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة ، وغيرها ، وقد قال الله تعالى : (وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا)[١] ولم يفرق بين المملوكة ، والمكتراة ، ورُوى عن ابن عباس فى قوله تعالى (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ)[٢] أن تحجّ ، وتكرى ، ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجةً إلى السفر ، وقد فرض الله تعالى عليهم الحجّ ، وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كلّ فجّ عميق ، وليس لكلّ أحد بهيمة يملكها ، ولا يقدر على معاناتها ، والقيام بها ، والشدّ عليها ، فدعت الحاجة إلى استئجارها ، فجاز دفعاً للحاجة .

إذا ثبت هذا : فمن شرط صحّة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه ، لأنه عقد معارضة محضة ، فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه ، كالبيع .

فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين ، والآلة التى يركبون فيها ، من مَحْمِل أو مَحارة[٣] وغيرها ، وإن كان مَقْتَباً[٤] ذكره ، وهل يكون مُغَطًّى أو مكشوفاً ؟ فإن كان مغطًّى احتيج إلى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذى يُوَطّأُ به[٥] المحمل ، والمعاليق التى معه من قِرْبة ، وسَطِيحة وسُفْرة ، ونحوها ، وذكر سائر ما يحمل معه ، وبهذا قال الشافعىّ وأبو ثور ، وابن المنذر ، إلا أنّ الشافعىّ قال : يجوز إطلاق غطاء المحمل ، لأنه لا يختلف اختلافاً مُتبايناً ، وحُكى عنه فى المعاليق قول : أنه يجوز إطلاقها ، وتُحمل على العرف .

وحكى عن مالك : أنّه يجوز إطلاق الراكبين ، لأن أجسام الناس متقاربة فى الغالب .

---

(١) بعض الآية ٨ من سررة النحل

(٢) بعض الآية ١٩٨ من سورة البقرة

(٣) المحارة : شىء يشبه الهودج ، يوضع على الجمل يجلس فيه الراكب يقيه الحر والبرد ويريحه فى ركوبه .

(٤) المقتب ، والقتب : بكسر القاف وسكون التاء ، وبتحريك القاف والتاء أكثر من الأول ، وهو الإكاف الصغير على قدر سنام البعير ، والإكاف للجمل مثل البرذعة للحمار ونحوه

(٥) بوطأ به . يلين به ويسهل بحيث يكون مريحاً للراكب

وقال أبو حنيفة : إذا قال : فى المحمل رجلان، وما يُصلحهما من الوِطاء ، والدِّثْر جاز ، استحساناً ، لأن ذلك يتقارب فى العادة ، فحمل على العادة ، كالمعاليق . وقال القاضى فى غطاء المحمِل كقول الشافعى .

ولنا أن هذا يختلف ، ويتباين كثيراً ، فاشتُرطت معرفته ، كالطعام الذى يحمل معه ، وقولهم : إن أجسام الناس متقاربة لا يصحّ ، فإن منهم الكبير ، والصغير ، والطويل ، والقصير ، والسمين والهزيل والذكر ، والأنثى ، ويختلفون بذلك . ويتباينون كثيراً . ويتفاوتون أيضاً فى المعاليق . فمنهم من يُكثِرُ الزادَ . والحوائج . ومنهم من يقنع باليسير . ولا عُرف له يُرجع إليه فاشتُرطت معرفته . كالمحمِل والأوْطِئة، وكذلك غطاء المحمِل ، من الناس من يختار الواسع الثقيل ، الذى يشتدُّ على الجمل فى الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيّق الخفيف ، فتجبُ معرفته ، كسائر ما ذكرنا .

وأما المستأجر فيحتاج إلى معرفة الدابّة التى يركب عليها ، لأن الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد أمرين : إما بالرؤية ، فيكتفى بها ، لأنها أعلى طرق العلم ، إلاّ أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمّى فيه ، كالرَّهَوال ، وغيره ، فأمّا أن يُجربه ، فيعلم ذلك برؤيته : وإمّا أن يصفه ، وإما بالصفة ، فإذا وجدت اكتفى بها ، لأنه يمكن ضبطه بالصفة ، فجاز العقد عليه ، كالبيع ، وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس ، فيقول : إبل ، أو خيل ، أو بغال ، أبو حمير ، والنوع ، فيقول : بُختىّ ، أو عربىّ ، وفى الخيل : عربى ، أو بِرْذَوْنٌ ، وفى الحمير : مصرىّ ، أو شامىّ ، إن كان فى النوع ما يختلف ، كالمُهَمْلِج من الخيل ، والقَطُوف ، احتيج إلى ذكره ، وذكر القاضى : أنه يحتاج إلى معرفة الذكوريّة ، والأنوثيّة ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فإن الأنثى أسهل ، والذكر أقوى ، ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك ، لأن التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء إلى مكّة فالصحيح أنه لا يحتاج إلا ذكر الجنس ، ولا النوع ، لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة إنّما هو الجمال العِرَابُ دون البَخَاتِى .

٤٢٠٢ (فصــــل)

وإذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكارِيَيْن ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه ، لأن ذلك ليس اليهما ، ولا مقدور عليه لهما وإن كان فى طريق السير فيه إليهما استُحِبّ ذكر قدر السير فى كلّ يوم ، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا ، لأنه معلوم بالعُرف ، ومتى اختلفا فى ذلك ، وفى ميقات السير ليلاً ، أو نهاراً ، وفى موضع المنزل ، أمّا فى داخل البلد ، أو خارج منه حُملاَ على العرف ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف ، وإن لم يكن للطريق عُرفٌ ، وأطلقا العقد فقال القاضى : لا يصحّ ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عُرف فيه ، والأولى أن هذا ليس بشرط ، لأنه

لو كان شرطا لما صحّ العقد بدونه . فى الطريق المَخُوف ، ولأنه لم تجر العادة بتقدير السير فى طريق ، ومتى اختلفا رُجِع إلى العرف فى غير تلك الطريق .

٤٢٠٣ (فصـــل)

وإن اشترط حمل زاد مقدّر ، كمائة رطل ، نظرنا ، فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالأكل ، أو غيره ، فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يُبدله لم يكن له إبداله ، فإن ذهب بغير الأكل ، كسرقة ، أو سقوط فله إبداله ، لأن ذلك لم يدخل فى شرطه ، وإن أطلق العقد فله إبدال ماذهب بسرقة ، أو سقوط ، أو أكل غير معتاد ، بغير خلاف ، وإن نقص بالأكل المعتاد فله إبداله أيضاً ، لأنه استحقّ حمل مقدار معلوم ، فملك إبدال مانقص منه ، كما نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك إبداله ، لأن العرف جارٍ بأن الزاد ينقص ، فلا يُبدل ، فحمل العقد عند الإطلاق على العُرف ، وصار كالمصرّح به ، وقال الشافعى : القياس أنّ له إبداله ، ولو قيل : ليس له إبداله كان مذهباً ، لأن العادة أن الزاد لايبقى جميعَ المسافة ، ولذلك بقلّ أجره عن أجر المتاع .

٤٢٠٤ (فصـــل)

وإذا اكترى جملاً ليحُجّ عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منىً ، لأنه من تمام الحجّ ، وقيل : ليس له الركوب إلى منىً ، لأنه بعد التحلّل من الحجّ ، والأولى أنّ له ذلك ، لأنه من تمام الحجّ ، وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره ، فدخل فى قول الله تعالى (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحجّ ، لأنها زيادة ، ويحتمل أنّ له ذلك ، لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحجّ ، لكونها لا يكترى إليها إلا للحجّ غالبا ، فكان بمنزلة المكترى للحجّ .

٤٢٠٥ (فصـــل)

فيما يلزم المكرى والمكترى للركوب . يلزم المُكرى كلّ ما جرت العادة أن يُوطَّأ به المركوب للراكب ، من الحداجة[1] للجمل ، والقتَب ، والزمام الذى يقُادبه البعير ، والبُرَةُ التى فى أنف البعير ، إن كانت العادة جارية بينهم بها ، وإن كان فرساً فاللجام ، والسرج ، وإن كان بغلاً ، أو حماراً فالبرذعة ، والإكاف ، لأن هذا هو العرف ، فحمل الاطلاق عليه . وعلى المكترى ما يزيد على ذلك ، كالمحِمل ، والمحارةِ والحبل الذى يشدّ به بين المحملين ، أو المحارتين . لأن ذلك من مصلحة المحمِل ، والوِطَاء الذى يشدّ فوق الحداجة تحت المحمل ، وعلى المُكرى رفع المحمِل على الجمل ، ورفع الأحمال ، وشدّها وحطّها . لأن هذا هو العرف ، وبه يتمكّن من الركوب ، ويلزمه القائد ؛ والسائق .

---

(١) الحداجة : مركب للنساء كالمحفة ، وهى بكسر الحاء

هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى ، وإن كان على أن يتسلّم الراكب البهيمةَ يركبها لنفسه ، فكلّ ذلك عليه . لأن الذى على المكرى تسليم البهيمة ، وقد سلّمها ، فأما الدليل فهو على المكترى . لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة ، وآلتها ، فلم يلزمه كالزاد .

وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها ، فأجرة الدليل على المكترى . لأن الذى عليه أن يسلّم الظهر ، وقد سلمه ، وإن كانت على حمله إلى مكان مُعيّن فى الذمّة فهو على المكرى ، لأنه من مؤنة إيصاله إليه ، وتحصيله فيه .

٤٢٠٦ (فصـــــل)

وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب ، والبعير قائم ، كالمرأة ، والشيخ ، والضعيف ، والسّمين ، وشبههم ، فعلى الجمّال أن يُبرك الجمل لركوبه ، ونزوله ، لأنه لا يتمكّن من الركوب ، والنزول إلاّ به ، وإن كان ممن يمكنه الركوب ، والنزول ، والبعير قائم لم يلزم الجمّال أن يُبرك له الجمل ، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكُلفة ، وإن كان قويًّا حال العقد فضعف فى أثنائه ، أو ضعيفاً ، فقوى ، فالاعتبار بحال الركوب . لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة .

ويلزم الجمّال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة ، وقضاء حاجة الإنسان ، وطهارته ، ويدع البعير واقفاً حتى يفعل ذلك ، لأنه لا يمكنه فعل شيء من هذا على ظهر البعير ، وما أمكنه فعله عليه من الأكل ، والشرب ، وصلاة النافلة ، من السنن ، وغيرها ، لم يلزمه أن يُبركه له ، ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكترى إتمام الصلاة ، وطالبه الجمّال بقَصْرها لم يلزمه ذلك ، بل تكون خفيفةً فى تمام .

ومن اكترى بعيراً لإنسان يركبه لنفسه ، وسلّمه إليه لم يلزمه سوى ذلك ، لأنه وفّى له بما عقد عليه ، فلم يلزمه شيء سواه .

٤٢٠٧ (فصـــــل)

إذا اكترى ظهراً فى طريقٍ العادةُ فيه النزول ، والمشى عند اقتراب المنزل ، والمكترى امرأة ، أو ضعيف ، لم يلزمه النزول ، لأنه اكتراه جميع الطريق ، ولم تجر له عادة بالمشى ، فلزم حمله فى جميع الطريق ، كالمتاع ، وإن كان جَلْداً قويًّا ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه النزول أيضاً ، لأنه عقد على جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه فى بعضها ، كالضعيف .

والثانى : يلزمه ، لأنه متعارف ، والمتعارف كالمشروط .

٤٢٠٨ (فصـــــل)

وإن هرب الجمّال فى بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يهرب بجماله ، فينظر : فإن لم يجد المستأجر حاكماً ، أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده ، أو أمكن الإثبات عنده ، ولا يحصل له ما يكترى به ما يستوفى حقه منه ، فللمستأجر فسخ الإجارة ، لأنه تعذّر عليه قبضُ المعقود عليه . فأشبه ما لو أفلس المشترى ، أو انقطع المسلَم فيه عند مَحِلّه ، فإن فسخ العقد ، وكان الجمّال قد قبض الأجر ، كان ديناً فى ذمّته ، وإن اختار المُقام على العقد ، وكانت الإجارة على عمل فى الذمّة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمّال طالبه به .

وإن كان العقد على مدّة انقضت فى هربه انفسخ العقدُ بذلك ، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معيّن لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمّال مالاً اكترى به له ، وإن لم يجد له مالاً ، وأمكنه أن يقترض على الجمّال من بيت المال ، أو من غيره ما يكترى له به فعل ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكترى ليكترىَ لنفسه به جاز . فى ظاهر كلام أحمد ، وإن اقترض عليه من المكترى ما يُكرى به جاز ، وصار ديناً فى ذمّة الجمّال .

وإن كان العقد على معيّن لم يجز إبداله ، ولا اكتراء غيره . لأن العقد تعلّق بعينه ، فيتخيّر المكترى بين الفسخ ، أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل .

الحال الثانى : إذا هرب الجمّال فترك جِمَاله ، فإن المُكترىَ يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمّال مالاً استأجر به من يقوم مَقام الجمّال فى الإنفاق على الجمال ، والشدّ عليها ، وحِفظها ، وفعل ما يلزم الجمّالَ فعلُه ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلةٌ عن الكراء باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا .

وإن ادّان[1] من المكترى ، وأنفق جاز ، وإن أذن للمكترى فى الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمّال جاز ، لأنه موضع حاجة ، وإذا رجع الجمّال ، واختلفا فيما أنفق نظرنا : فإن كان الحاكم قدّرَ له ما يُنفق ُقبِل قوله فى قدر ذلك ، وما زاد لا يحتسب به ، وإن لم يقدّر له ُقبل قوله فى قدر النفقة بالمعروف ، لأنه أمين ، وما زاد لا يَرجع به ، لأنه مُتطوّع به ، وإذا وصل المكترى رفع الأمر إلى الحاكم ، ففعل ما يرى الحظّ فيه من بيع الجمال ، فيوفّى عن الجمال ما لزمه من الدين للمكترى ، أو لغيره ، ويحفظ باقى الثمن له ، وإن رأى بيع بعضها ، وحفظ باقيها ، والإنفاق على الباقى من ثمن ما باع جاز .

وإن لم يجد حاكماً ، أو عجز عن استدانةٍ ، فله أن ينفق عليها ، ويُقيم مَقام الجمّال فيما يلزمه ، فإن فعل ذلك مُتبرِّعاً لم يرجع بشىء ، وإن نوى الرجوع ، وأشهد على ذلك رجع به ، لأنه حالُ ضرورة ، وهذا أحدُ الوجهين للشافعىّ ، وإن لم يشهد ، ونوى الرجوع ففى الرجوع وجهان :

---

(١) ادان : استدان واقترض .

أحدهما : يرجع به . لأن ترك الجمال مع العلم بأنّها لا بدّ لها من نفقة إذن فى الإنفاق .

والثانى : لا يرجع به . لأنه يثبت لنفسه حقًّا على غيره ، وكذلك إن لم يجد مَنْ يُشهده ، فأنفق مُحتسباً بالرجوع ، وقياس المذهب أنّ له الرجوع ، لقولنا : يُرجعُ بمـا أنفق على الآبق ، وعلى عيال الغائب ، وزوجاتِه ، والدابّة المرهونة .

ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه ، وأشهد على ذلك ، ففى رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمّال حكم هربه ، وقال أبو بكر : مذهب أحمد أنّ الموت لا يفسخ الإجارة ، وله أن يركبها ، ولا يُسرف فى علفها ، ولا يقصّر ، ويرجع بذلك فى مال المتوفَّى ، فإن لم يكن فى يدِ المستأجر ما يُنفقه لم يجز أن يبيع منها شيئاً ، لأن البيع إنما يجوز من المالك ، أو من نائبه ، أو ممّن له ولايةٌ عليه .

٤٢٠٩ (فصـــل)

قال أصحابنا : يصحّ كراء العُقْبَةِ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، ومعناها الركوب فى بعض الطريق ، يركب شيئاً ، ويمشى شيئاً لأنه إذا جاز اكتراؤها فى الجميع جاز اكتراؤها فى البعض ، ولا بد من كونها معلومةً ، إما أن يقدّرها بفراسخ معلومة ، وإما بالزمان ، مثل أن يركب ليلاً ، ويمشى نهاراً ، ويُعتبر فى هذا زمان السير ، دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشىَ يوماً جاز . فان اكترى عُقْبةً ، وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العُرف ، ويحتمل أن لا يصحّ ، لأن ذلك يختلف ، وليس له ضابط ، فيكون مجهولا .

وإن اتفقا على أن يركب ثلاثةَ أيامٍ ، ويمشىَ ثلاثة أيام ، أو ما زاد ، ونقص جاز ، وإن اختلفا لم يُجبر الممتنع منهما ، لأن فيه ضرراً على كلّ واحد منهما ، الماشى لدوام المشى عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدّة تعبه كان أثقلَ على البعير .

وإن اكترى اثنان جملاً يركبانه عُقْبَةً ، وعُقْبَةً جاز ، ويكون كراؤهما طول الطريق ، والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وإن تشاحّا قسّم بينهما ، لكلّ واحد منهما فراسخ معلومة ، أو لأحدهما الليل ، وللآخر النهار ، وإن كان لذلك عرف رُجع إليه ، وإن اختلفا فى البادىء منهما أقرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصحّ كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم ، لكلّ واحد منهما لأنه عقد على مجهولٍ بالنسبة إلى كلّ واحد منهما ، فلم يصحّ كما لو اشتريا عبدين ، على أن لكلّ واحد منهما عبداً معيّنا منهما

٤٢١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فان رأى الراكبين ، أو وُصفا له ، وذكر الباقى بأرطال معلومة فجائز ﴾ .

وجملته : أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية فى الراكبين ، إذا وصفهما بما يختلفان به فى الطول ،

والقصر ، والهزال ، والسمن ، والصحّة ، والمرض ، والصغر ، والكبر ، والذكوريّة والأنوثيّة ، والباقى يكفى فيه ذكر الوزن ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بدّ من معرفة الراكبين بالرؤية ، لأنه يختلف بثقله ، وخفته ، وسكونه ، وحركته ، و ينضبط بالوصف ، فيجب تعيينه ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، ولهم فى المحمل وجه : أنه لا تكفى فيه الصفة ، ويجب تعيينه .

ولنا أنه عقد معاوضة ، مضاف إلى حيوان ، فاكتُفى فيه بالصفة ، كالبيع ، وكالمركوب . فى الإجارة ، ولأنه لو لم يكتفَ فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مُقامه . لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما فى الصفات ، فما لا تأتى عليه الصفات لا يُعلم التساوى فيه ، ولأن الوصف يُكتفى به فى البيع ، فاكتفى به فى الإجارة ، كالرؤية ، والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير ، تجرى المسامحة فيه ، كالمسلَم فيه .

٤٢١١ (فصـــل)

ويجوز اكتراء الابل ، والدواب للحمولة ، قال الله تعالى (وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ الأَنْفُس[1]) والحمولة بالضم الأحمال ، والحَمولة بالفتح التى يُحمل عليها ، قال الله تعالى (وَمِنَ الأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشاً[2]) الحمولة الكبار ، والفرش الصغار ، وقيل : الحمولة الإبل ، والفرش : الغنم لأنها لا تَحملُ ، ولا يحتاج إلى معرفة الحمولة ، لأن الغرض حمل المتاع دون ما يحمله ، بخلاف الركوب ، فإن للراكب غرضاً فى المركوب ، من سهولته ، وحالة سرعته ، وإن اتفق وجود غرض فى الحمولة ، مثل أن يكون المحمول شيئاً تضرّه ، كثرة الحركة ، كالفاكهة ، والزجاج ، أو كون الطريق مما يعسرُ على بعضها دون بعض ، فينبغى أن يذكر فى الاجارة .

وأمّا الأحمال فلا بد من معرفتها ، فإن لم يعرفها لم يجز ، لأن ذلك يتفاوت كثيرا ، ويختلف الغرض به ، فإن شرط أن يحمل ما شاء بطل لأن ذلك لا يمكن الوفاء به ، ويدخل فيه مايقتُل البهيمة ، وإن قال : احتمِل عليها طاقتها لم يجز أيضاً ، لأن ذلك لا ضابط له ، وتحصُل المعرفة بطريقين :

(المشاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم .

(والصفة) ويشترط فى الصفة معرفة شيئين : القدر ، والجنس ، لأن الجنس يختلف تعبُ البهيمة باختلافه ، مع التساوى فى القدر ، فإن القُطنَ يضرُّها من وجه ، وهو أنه ينتفخُ على البهيمة ، فيدخل فيه الريح ، فيثقُل ، ومثله من الحديد يُؤذى من جهة أخرى ، وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة ، فربمّا عقَرها ، فلا بدّ من بيانه .

---

(١) الآية : ٧ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ١٤٢ من سورة الأنعام .

وأما الظروف فإن دخلت فى الوزن لم يحتج إلى ذكرها ، وإن لم توزن ، فإن كانت ظروفاً معروفةً لا تختلف ، كغرائر الصوف ، والشَّعر ، ونحوها جاز العقدُ عليها من غير تعيين ، لأنها قلما تتفاوت تفاوتاً كثيرا ، فتسميتها تكفى ، وإن كانت تختلف فلابدّ من معرفتها بالتعيين ، أو الصفة ، وذكر ابن عقيل: أنه إذا قال : أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل ماشئت جاز ، وملك ذلك ، لكن لا يحمله حملاً يضرّ بالحيوان ، مثل مالو أراد حمل حديد ، أو زئبق ، ينبغى أن يفرّقه على ظهر الحيوان ، فلا يجتمع فى موضع واحدٍ . من ظهره ، ولا يحمله فى وعاء يتموّج فيه ، فيكدّ البهيمة ، ويتعبها .

وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس ، فأراد حمله على غير ذلك الجنس ، وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه ، لأنه لا يملك المطالبة بمالم يعقد عليه ، وإن طلبه المؤجّر ، وكان يفوت به غرض المستأجر ، مثل أن يكون غرضه الاستعجال فى السير ، أو أن لا ينقطع عن القافلة ، فيتعينّ الخيل ، أو البغال ، أو يكون غرضه سكون الحمولة ، لكون الحمولة مما يضرّها الهز ، أو قوتّها ، وصبرها لطول الطريق ، وثقل الحمل ، فيعيّن الابل لم يجز العدول عنه ، لأنه يفوت غرض المستأجر ، فلم يجز ذلك ، كما فى المركوب ، وإن لم يفوّت غرضاً جاز ، كما يجوز لمن اكترى على حمل شىء حمل مثله ، أو أقلّ ضرراً منه .

٤٢١٢ (فصـــل)

ويجوز كراء الدابّة للعمل ، لأنها منفعة مباحة ، خلقت الدابّة لها ، فجاز الكراء لها ، كالركوب ، وإن اكترى بقراً للحرث جاز ، لأن البقر خُلقت للحرث ، ولذلك قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « بَيْنَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا فَقَالَتْ : إِنِّى لَمْ أُخْلَقْ لِهذَا ، إِنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » متفق عليه . ويحتاج إلى شرطين : معرفة الأرض ، وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تُعرف إلا بالمشاهدة ، ولأنها تختلف ، فتكون صُلبةً تُتعب البقر ، والحرّاث ، وقد يكون فيها حِجارة تتعلّق بالسكة ، وتكون رِخْوَةً سَهلة يسهل حرثها ، ولا تأتى الصفة عليها ، فيحتاج إلى رؤيتها .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين : إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو بالمساحة ، كمُدْىٍ أو مُدْيَيْنِ ، ونحو ذلك ، كلّ ذلك جائز ، لأن العلم يحصُل به ، فإن قدّره بالمدّة فلابدّ من معرفة البقر التى يعمل عليها ، لأن الغرض يختلف باختلافهـــا فى القوة ، والضعف .

ويجوز أن يستأجر البقر مفردةً ليتولّى ربُّ الأرض الحرث بها ، ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولّى الحرث بها ، ويجوز استئجارها بآلتها من الفَدّان[1] والنِّير ، واستئجارها بدون آلتها ، وتكون

---

(١) الفدان : بفتح الفاء وتخفيف الدال وتشديدها الثوران يقرن للحرث بينهما ، أو هو آلة الثورين ، والنير : الخشبة التى على عنق الثور بأداتها .

الآلة من عند صاحب الأرض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة ، أو زرع معين ، أو موصوف ، كما ذكرناه في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج إلى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ، ليعرف قوته ، أو ضعفه .

وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان ، لأن الغرض يختلف به ، فمنه مارَوْثُهُ طاهر ، ومنه مارَوْثُهُ نجس ، ولايحتاج إلى معرفة عين الحيوان .

ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته ، وبغير آلته ، مع صاحبه ، ومنفرداً عنه ، كما ذكرنا في الحرث .

٤٢١٣ (فصـــــل)

ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ، ويفتقر إلى شيئين: معرفة الحجر ، إما بمشاهدة ، وإما بصفة تحصُل بها معرفته ، لأن عمل البهيمة يختلف فيه ، بثقله ، وخفته ، فيحتاج صاحبها إلى معرفته ، وتقدير العمل ، إمّا بالزمان ، فيقول : يوماً أو يومين ، أو بالطعام ، فيقول : قفيزاً ، أو قفيزين ، ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف ، لأن منه مايسهُل طحنه ، ومنه مايصعُب ؛ وكذلك إن اكتراها لإدارة دولاب ، فلا بدّ من مشاهدته ، ومشاهدة دولابه ، لاختلافها ، وتقدير ذلك بالزمان ، أومَلْءِ هذا الحوض ، أو هذه البِرْكة ، وكذلك إن اكتراها للاستقاء بالغَرْبِ[1] ، فلا بدّ من معرفته ، لأنه يختلف بكبره ، وصغره ، ويقدّر بالزمان ، أو بعدد الغُروب ، بمَلْءِ بِرْكة أو حَوْض .

ولايجوز تقدير ذلك بسقى أرض ، لأن ذلك يختلف ، فقد تكون الأرض عطشانة لايرويها القليل ، وتكون قريبةَ العهد بالماء ، فيكفيها القليل ، فيكون ذلك مجهولاً ، وإن قدّره بسقى ماشية احتمل أن لايجوز . لذلك ، ويحتمل أن يجوز . لأن شربها يتقارب في الغالب ، ويجوز استئجار دابّة ليستقى عليها ماء ، ولابد من معرفة الآلة التى يستقى بها ، من راوية أو قِرَبٍ ، أو جِرَارٍ ، ومعرفة ذلك إمّا بالرؤية ، وإما بالصفة ، ويقدّر العمل إما بالزمان ، وإما بعدد المرّات ، وإما بمَلْءِ شىءٍ معيّن ، فإن قدّره بعدد المرّات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه ، والذى يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقُرب ، والبعد ، والسهولة ، والحُزُونةِ[2] وإن قدّره بمَلْء شىء معيّن احتاج إلى معرفته ، ومعرفة مايستقى منه .

ويجوز أن يكترى البهيمة بآلتها ، وبدونها ، مع صاحبها ووحدها ، وإن اكتراها لبلّ تراب معروف جاز ، لأن ذلك بالعُرف ، وكلّ موضع وقع العقد على مدّة فلا بدّ من معرفة الظهر الذى يعمل عليه ، لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة ، والضعف ، وإن وقع على عمل معيّن لم يحتج إلى معرفتها ، لأنه لايختلف ،

(١) الغرب . الدلو (الجردل) .
(٢) الحزونة الصعوبة من ارتفاع وانخفاض وكونها حجرية ونحو ذلك .

ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك استقاء الماء عليه ، لأن منه مارَوْثُهُ طاهر ، وجسمُه طاهر ، بغير خلاف ، كالخيل ، والبقر ، ومنه ماروثه نجس ، ويختلف فى نجاسة جسمه ، كالبغال ، والحمير ، فربما نجس به المستقى ، أو دلوه ، فيتنجَّس الماء به ، فيختلف الغرض بذلك ، فتجب معرفته .

٤٢١٤ (فصـــــــل)

وإذا اكترى حيواناً لعمل لم يُخلق له ، مثل أن اكترى البقر للركوب ، والحمل عليها ، أو اكرى الإبل ، والحمرُ للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة ، أمكن استيفاؤها من الحيوان ، لم يرد الشرع بتحريمها ، فجاز ، كالذى خُلقت له ، ولأن مقتضى الملك جواز التصرّف بكلّ ماله العين المملوكة ، ويمكن تحصيله منها ، ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح ، إما ورود نصّ بتحريمه ، أو قياس صحيح ، أو رجحان مضرّته على منفعته ، وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الأكراد ، وغيرهم يحملون على البقر ، ويركبونها ، وفى بعض البلدان يحرث على الإبل ، والبغال ، والحمير ، فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها فى شىء آخر ، كما أنّ الخيل خُلقت للركوب ، والزينة ، ويباح أكلها ، واللؤلؤ خُلق للحلية ، ويجوز استعماله فى الأدوية ، وغيرها ، والله أعلم .

٤٢١٥ ﴿مســألة﴾

﴿ وما حدث فى السلعة من يد الصانع ضُمِن ﴾

وجملته أن الأجير على ضربين : خاصّ ومشترك . فالخاصّ : هو الذى يقع العقد عليه فى مدّة معلومة ، يستحقّ المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل فى بناء ، أو خياطة ، أو رعاية ، يوماً أو شهراً ، سُمّى خاصًّا لاختصاص المستأجر بنفعه ، فى تلك المدّة ، دون سائر الناس . والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معيّن ، كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شىء إلى مكان معيّن ، أو على عمل فى مدّة لا يستحقّ جميع نفعه فيها ، كالكحّال ، والطبيب . سمىّ مشتركا لأنه يتقبّل أعمالاً لاثنين ، وثلاثة ، وأكثر ، فى وقت واحد ، ويعمل لهم ، فيشتركون فى منفعته ، واستحقاقها ، فسمّى مشتركا ، لاشتراكهم فى منفعته ، فالأجير المشترك هو الصانع الذى ذكره الخرَقىّ ، وهو ضامن لما جنت يده .

فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نصّ أحمد على هذه المسألة ، فى رواية ابن منصور ، والقصّار ضامن لما يتخرّق من دقّه أو مده ، أو عصْره ، أو بَسْطِه ، والطبّاخ ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخبّاز ضامن لما أفسد من خبزه ، والحمّال يضمن مايسقُط من حمْله عن رأسه ، أوتلف من عثْرته ، والجمّال يضمن ما تلف بقَوْدِه ، وسَوْقِه ، وانقطاع حَبْلِهِ الذى يشدّ به حمله ، والملاّح يضمن ما تلف من يده ،

أو جَذْفِه ، أو ما يعالج به السفينة ، وروى ذلك عن عمر ، وعليّ ، وعبد الله بن عُتبة ، وشُرَيح ، والحسن ، والحكم ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، وأحد قولى الشافعيّ ، وقال فى الآخر : لا يضمن مالم يتعدّ . قال الربيع : هذا مذهب الشافعيّ وإن لم يبح به ، وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ، لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة : فلم تصر مضمونةً كالعين المستأجرة .

ولنا : ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن عليّ أنه كان يضمِّن الصبّاغ ، والصواغ ، وقال : لا يُصْلِح الناس إلا ذلك ، ورَوى الشافعيّ فى مسنده باسناده ، عن عليّ أنه كان يضمن الأجَراء ، ويقول لا يُصلح الناس إلا هذا ، ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولّد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاصّ . والدليل على أن عمله مضمون عليه أنّه لا يستحقّ العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجرٌ فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاصّ ، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحقّ العوض بمضيّ المدة ، وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء ، فتلف من حرزه ، لم يسقط أجره بتلفه .

٤٢١٦ (فصـــل)

ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه ، مثل الخبّاز يخبز فى تنّوره ، وملسكه ، والقصار ، والخيّاط فى دكّانَيْهما قال : ولو دعا الرجل خبّازاً فخبز له فى داره ، أو خيّاطاً ، أو قصّاراً ليقصّر ، ويَخيط عنده ، لا ضمان عليه فيما أتلف ، مالم يفرّط . لأنه سلّم نفسه إلى المستأجر ، فيصيرُ كالأجير الخاصّ .

قال : ولو كان صاحب المتاع مع الملاّح فى السفينة ، أو راكباً على الدابة فوق حِمْله ، فعطب الحِمل ، لاضمان على الملاح ، والمُكارى . لأن يد صاحب المتاع لم تزُل ، ولو كان ربّ المتاع، والحمّال راكبين على الحِملَ ، فتلف حمله ، لم يضمنه الحمّال لأن ربّ المتاع لم يسلّمه إليه ، ومذهب مالك، والشافعيّ نحوهذا ، قال أصحاب الشافعى : لوكان العمل فى دكّان الأجير ، والمستأجرُ حاضر ، أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن ، لأن يده عليه ، فلم يضمن من غير جناية ، ويجب له أجر عمله ، لأن يده عليه ، فكلما عمل شيئاً صار مُسلَّماً إليه ، فظاهر كلام الخِرَقيّ أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه ، أو ملك مسأجره ، أو كان صاحب العمل حاضراً عنده ، أوغائباً عنه ، أوكونه مع الملاّح ، أو الجمّال ، أولا . وكذلك قال ابن عقيل: ما تلف بجناية الملاّح بجَذْفِه[1] أو بجناية المكارى ، بشدّه المتاع ونحوه ، فهو مضمون عليه ، سواء كان

(١) الجذف . بالذال وبالدال دفع السفينة بالمجذافة .

صاحب المتاع معه ، أو لم يكن ، لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده ، فلا فرق بين حضور المالك ، وغيبته، كالعدوان ، ولأن جناية الجمّال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يَعُمّ المتاع وصاحبه ، وتفريطه بمهما ، فلم يُسقط ذلك الضمان ، كما لو رمى إنساناً متترساً فكسر تُرْسَه ، وقتله ، ولأن الطبيب ، والختّان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبَّب ، والمختون ، وقد ذكر القاضى ، أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ، وربّ المتاع معه ، فعثر ، فسقط المتاع ، فتلف ، ضمن ، وإن سُرق لم يضمن ، لأنه فى العِثار تلفَ بجنايته ، والسرقةُ ليست من جنايته ، وربّ المال لم يُحل بينه وبينه ، وهذا يقتضى أن تلفه بجنايته مضمون عليه ، سواء حضر ربّ المال ، أو غاب ، بل وجوب الضمان فى محلّ النزاع أولى ، لأن الفعل فى ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله ، والسقطة من الحمّال غير مقصودة له ، فاذا وجب الضمان ههنا فثَمّ أولى .

٤٢١٧ (فصل)

وذكر القاضى : أنه إذا كان المستأجَر على حمله عبيداً صغاراً ، أو كباراً ، فلا ضمان على المكارى ، فيما تلف من سَوْقه وقَوْده ، إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة ، لأنه عقد على منفعة ، والأولى وجوب الضمان ، لأن الضمان ههنا من جهة الجناية ، فوجب أن يعُمّ بنى آدم وغيرهم كسائر الجنايات ، وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختّان . والله أعلم .

٤٢١٨ (فصل)

الأجير الخاصّ فهو الذى يستأجره مدّة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعدّ ، قال أحمد فى رواية مهنا ، فى رجل أمر غلامه يكيلُ لرجل بَزْراً ، فسقط الرِّطل من يده ، فانكسر ، لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصّار ؟ قال : لا ، القصّار مشترك ، قيل : فرجل اكترى رجلاً يستقى ماء ، فكسر الجرّة ؟ فقال : لا ضمان عليه . قيل له : فإن اكترى رجلاً يحرُث له على بقرةٍ فكسر الذى يحرُث به ؟ قال : فلا ضمان عليه ، وهذا مذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وظاهر مذهب الشافعىّ ، وله قول آخر : أن جميع الأُجَراء يضمنون ، وروى فى مسنده عن علىّ رضى الله عنه أنه كان يُضمِّن الأُجَراء ، ويقول : لا يُصلِح الناس إلا هذا .

ولنا : أن عمله غير مضمون عليه ، فلم يضمن ما تلف به ، كالقِصاص ، وقطع يد السارق ، وخبر علىّ رضى الله عنه وكرّم وجهه مُرسَل ، والصحيح فيه أنه كان يُضمِّن الصبّاغ ، والصوّاغ ، وإن رُوى مطلقاً حمل على هذا ، فإن المطلق يُحمل على المقيّد . ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك فى صرف منافعه إلى ما أمره به ، فلم يضمن من غير تعدٍّ ، كالوكيل ، والمضارب ، فأما ما يتلف بتعدّيه فيجب ضمانه ، مثل

الخبّاز الذى يُسرف فى الوقود ، أو يُلزقه قبل وقته ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، لأنه تلف بتعدّيه ، فضمنه ، كغير الأجير .

٤٢١٩ (فصـــل)

وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصًا ، كالخيّاط فى دكّان يستأجر أجيراً مدّة يستعمله فيها ، فتقبّل صاحبُ الدكان خياطةَ ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه ، أو أفسده ، لم يضمنه ، لأنه أجير خاصّ ، ويضمنه صاحبُ الدكّان ، لأنه أجير مشترك .

٤٢٢٠ (فصـــل)

إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخيّر بين تضمينه إيّاه ، غير معمول ، ولا أجر عليه ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخيّر بين تضمينه قيمته فى الموضع الذى سلّمه إليه ، ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده ، ويُعطيه الأجر إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحبّ تضمينه معمولاً ، أو فى المكان الذى أفسده فيه فله ذلك ، لأنه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحبّ تضمينه قبل ذلك فلأنّ أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلّم إليه فلا يلزمه .

٤٢٢١ (فصـــل)

إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : انسجه لى عشرةَ أذرُع ، فى عرض ذراع ، فنسجه زائداً على ما قدّر له فى الطول ، والعرض، فلا أجر له فى الزيادة . لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه : فإن كان جاء به زائداً فى الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة ، فله ما سمّى له من الأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب لهُ مائةَ لَبِنةٍ ، فضرب له مائتين ، فإن جاء به زائداً فى العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا أجر له . لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحقّ شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط ، عرض ذراع ، فبناه عرضَ ذراعين :

والثانى : له المسمّى . لأنه زاد على ما أمر به . فأشبه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول ، والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ، ويبقى الثوب على ما أراد ، ولا يمكن ذلك فى العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً فى الطول ، والعرض ، أو فى أحدهما ، ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : لا أجر له ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه مخالف لما أمر به ، فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناه عرض نصف ذراع .

والثانى : له بحصّته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن ، فضرب بعضه ، ويحتمل أنه إن جاء به ناقصاً فى العرض ، فلا شىء له ، وإن كان ناقصاً فى الطول فله بحصّته من المسمّى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وإن جاء به زائداً فى أحدهما ، ناقصاً فى الآخر فلا أجر له فى الزائد ، وهو فى الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه .

وقال محمد بن الحسن فى الموضعين : يخيّر صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسّاج ومطالبته بثمن غزله ، وبين أن يأخذه ، ويدفع إليه المسمّى فى الزائد ، أو بحصّة المنسوج فى الناقص . لأن غرضه لم يَسْلَم له ، لأنه ينتفع بالطويل ، ما لا ينتفع بالقصير ، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل ، فكأنه أتلف عليه غزله .

ولنا : أنه وجد عين ماله ، فلم يكن له المطالبة بعوضه ، كما لو جاء به زائداً فى الطول وحده ، فأما إن أثّرت الزيادة ، أو النقص فى الأصل ، مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرُع ليكون الثوب خفيفاً ، فنسجه خمسة عشر ، فصار صفيقاً ، أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقاً ، فنسجه عشرةً ، فصار خفيفاً ، فلا أجر له بحال ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه لم يأت بشىء ممّا أمر به .

٤٢٢٢ (فصـــل)

إذا دفع إلى خياط ثوباً ، فقال : إن كان يُقْطَع قميصاً ، فاقطعه ، فقال : هو يُقطع ، وقطعه ، فلم يكف ، فعليه ضمانُه ، وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصاً ؟ قال : نعم ، قال اقطعه ، فقطعه ، فلم يكفه لم يضمن . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين ، لأنهُ لو كان غرّه فى الأولى لكان قد غرّه فى الثانية .

ولنا : أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفى الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره ، بل لعدم الإذن فى قطعه ، لأن إذنه مقيّد بشرط كفايته ، فلا يكون إذناً فى غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

٤٢٢٣ (فصـــل)

فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً ، ومقطوعا ، لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن ، وقيل : يغرم ما بين قميص امرأة ، وقميص رجل ، لأنه مأذون فى قميصٍ فى الجملة ، والأول أصحّ ، لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع قميصاً غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه ، فكان متعدّياً بابتداء القطع ، ولذلك لا يستَحقّ على القطع أجراً ، ولو فعل ما أمر به لاستحقّ أجره .

٤٢٣٤ (فصـــل)

وإن اختلفا ، فقال : أذنتَ لى فى قطعه قميص امرأة ، وقال : بل أذنتَ لك فى قطعه قميص رجل ، أو قال : أذنتَ لى فى قطعه قميصاً ، قال : بل قَبَاء ، أو قال الصبّاغ : أمرتنى بصبغه أحمر ، قال : بل أسود ، فالقول قول الخيّاط ، والصبّاغ . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فقال : القولُ قولُ الخيّاط ، والصبّاغ ، وهذا قول ابن أبى ليلى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور : القول قول ربّ الثوب ، واختلف أصحابُ الشافعىّ : فمنهم من قال : له قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال : له قول ثالث : أنهما يتحالفان ، كالمتبايعين يختلفان فى الثمن ، ومنهم من قال . الصحيح أن القول قول ربّ الثوب ، لأنهما اختلفا فى صفة إذنه ، والقول قوله فى أصل الإذن ، فكذلك فى صفته . ولأن الأصل عدم الإذن المختلَف فيه ، فالقول قولُ من ينفيه .

ولنا : أنهما اتفقا فى الإذن ، واختلفا فى صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالمضارب إذا قال : أذنتَ لى فى البيع نَساء ، ولأنهما اتّفقا على ملك الخيّاط القطع ، والصبّاغ الصّبغ ، والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا فى لزوم الغُرم له ، والأصلُ عدمه .

فعلى هــذا يحلف الخيّاط ، والصباغ بالله : لقد أذنتَ لى فى قطعه قَباء ، وصبْغه أحمر ، ويسقُط عنه الغرم ، ويكون له أجر مثله ، لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيــه بعوض ، ولا يستحقّ المسمَّى ، لأن المسمَّى ثبت بقوله ، ودعواه ، فلا يحنَثُ بيمينه . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِماءَ قَوْمٍ وأَمْوَالَهُمْ ، وَلَـكِنِ اليَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ » أخرجه مسلم .

فأما المسمَّى فى العقد فإنّما يعترف ربّ الثوب بتسميته أجراً ، وقطعه قميصاً ، وصبغه أسود ، فأما من قال : القول قول ربّ الثوب فإنه يحلف بالله : ما أذنتُ فى قطعه قَباء ، ولاصَبْغه أحمر ، ويسقطُ عنه المسمَّى ، ولا يجب للخيّاط ، والصبّاغ شىء ، لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه .

وذكر ابن أبى موسى ، عن أحمد روايةً أخرى : أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية ، والسواد ، فالقولُ قوله ، وعلى الصانع غُرم ما نقص بالقطع ، وضمانُ ما أفسد ، ولا أجر له ، لأن قرينة حال ربّ المال تدلّ على صدقه ، فتترجّح دعواه بهما ، كما لو اختلفا فى حائطٍ لأحدهما ، عليه عَقْد ، أو أزَجٌ رجّحنا دعواه بذلك .

وإن اختلف الزوجان فى متاع البيت رَجّحنا دعوى كلّ واحد منهما فيما يصلُح له .

ولو اختلف صانعان فى الآلة التى فى دكّانهما رجّحنا قول كلّ واحد منهما فى آلة صناعته .

فعلى هذا : يحلف ربّ الثوب ، ما أذنتُ لك فى قطعه قَباء ، ويكفى هذا ، لأنه ينتفى به الإذن ، فيصير

قاطعاً لغير ما أذن فيه ، فإن كان القَباء مَخيطاً بخُيوطٍ لمالكه ، لم يملك الخيّاط فتقه ، وكان لمالكه أخذه مخيطاً ، بلا عوض ، لأنه عمل فى ملك غيره عملاً مجرّداً عن عينٍ مملوكة له ، فلم يكن له إزالته ، كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع ، لم يكن له ردّه إذا رضى صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخيوط للخيّاط فله نزعها ، لأنها عين ماله ، ولا يلزمه أخذ قيمتها ، لأنها ملكه ، ولا يتلف بأخذها ماله حُرْمة ، فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز ، لأن الحقّ لهما ، وإن قال ربّ الثوب : أنا أشدّ فى كلّ خيط خيطاً حتى إذا سلّه عاد خيط ربّ الثوب فى مكانه لم يلزم الخيّاط الإجابة إلى ذلك ، لأنه انتفاع بملكه ، وحكم الصبّاع فى قلع الصبغ إن أحبّه وفى غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب ، على ما مضى فى بابه . والذى يقوى عندى أن القول قول ربّ الثوب ، لما ذكرنا فى دليلهم .

٤٢٢٥ (فصل)

وكل من استؤجر على عمل فى عين فلا يخلو : إما أن يوقعه ، وهى فى يد الأجير كالصبّاغ يصبغ فى حانوته ، والخيّاط فى دكّانه ، فلا يبرأ من العمل حتى يُسلّمها إلى المستأجِر ، ولا يستحقّ الأجر حتى يسلّمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه فى مدّة فلا يبرأ منه ما لم يُسلّمه إلى العاقد ، كالمبيع من الطعام ، لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشترى . وأما إن كان يوقع العمل فى ملك المستأجر ، مثل أن يُحضره المستأجر إلى داره ، ليخيط فيها ، أو يصبغ فيها ، فإنه يبرأ من العمل ، ويستحقّ أجره بمجّرد عمله ، لأنه فى يد المستأجر ، فيصير مُسلماً للعمل حالاً فحالاً .

ولو استأجر رجلاً يبنى له حائطاً فى داره ، أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل ، واستحقّ أجره بمجرّد عمله ، ولو كانت البئر فى الصحراء ، أو الحائط لم يبرأ بمجرّد العمل ، ولو انهارت عقيب الحفر ، أو الحائطُ بعد بنائه ، وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فإنه إذا قال : استعمل ألف لبنة فى كذا ، وكذا ، فعمل ، ثم سقط ، فله الكراء ، وأما الأجير الخاص فيستحقّ أجره بمضىّ المدة ، سواء تلف ما عمله ، أو لم يتلف ، نصّ عليه أحمد ، فقال : إذا استأجره يوماً ، فعمل ، وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء ، وذلك لأنه إنّما يلزمه تسليم نفسه ، وعمل ما يُستعمل فيه ، وقد وجد ذلك منه ، بخلاف الأجير المشترَك ، ولو استأجر أجيراً ليبنى له حائطاً طوله عشرة أذرع ، فبنى بعضه ، فسقط ، لم يستحقّ شيئاً حتى يتمّمه ، سواء كان فى ملك المستأجر ، أو فى غيره ، لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ، ولم يوجد ، قال أحمد : إذا قيل له ارفع حائطاً كذا ، وكذا ذراعاً ، فعليه أن يوفّيه ، فإن سقط فعليه التمام ، وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع ، فحفر منها خمسة ، وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحقّ شيئا حتى يتمّم حفرها .

٤٢٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وان تلفت من حرز فلا ضمان عليه ، ولا أجر له فيما عمل فيها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأجير المشترك إذا تلفت العينُ من حرزه ، من غير تعدّ منه ، ولا تفريط ، فروى عنه : لا يضمن ، نصّ عليه فى رواية ابن منصور ، وهو قول طاوس ، وعطاء ، وأبى حنيفة ، وزفر ، وقول الشافعىّ ، وروى عن أحمد : إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه . وإن كان غرقاً ، أو عَدوًّا غالباً ، فلا ضمان ، قال أحمد رحمة الله عليه ، فى رواية أبى طالب : إذا جنت يده ، أو ضاع من بين متاعه ضمنه ، وإن كان عدواً ، أو غرقاً ، فلا ضمانَ ، ونحو هذا قال أبو يوسف ، والصحيح فى المذهب الأول ، وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصّة ، لأنه يتّهم ، ولهذا قال فى الوديعة ، فى رواية : إنّها تُضمن إذا ذهبت من بين ماله ، فأمّا غير ذلك فلا ضمان عليه ، لأن تخصيص التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدلّ على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ، ولا عدوان ، فلا يجب عليه الضمان ، كما لو تلفت بأمرٍ غالب ، وقال مالك ، وابن أبى ليلى ، يضمن بكلّ حال ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، من غير استحقاق ، فلزمه ضمانها ، كالمستعير .

ولنا : أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، لم يُتلفها بفعله ، فلم يضمنها ، كالعين المستأجرة ، ولأنه قبضها بإذن مالكها ، لنفعٍ يعود إليهما ، فلم يضمنها ، كالمضارب ، والشريك ، والمستأجَر ، وكما لو تلفت بأمر غالب ، ويُخالف العاريةَ ، فانّه ينفرد بنفعها ، والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول ، فيخصّ محلّ النزاع بالقياس عليها .

إذا ثبت هذا : فانه لا أجر له فيما عمل فيها ، لأنه لم يسلّم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحقّ عوضه ، كالمبيع من الطعام ، إذا تلف فى يد البائع قبل تسليمه .

٤٢٢٧ (فصـــل)

وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر ، فتلف ضمنه ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا أذن له فى إمساكه ، فلزمه الضمان ، كالغاصب .

٤٢٢٨ (فصـــل)

إذا أخطأ القصّار ، فدفع الثوب إلى غير مالكه ، فعليه ضمانه لأنه فوّته على مالكه . قال أحمد : يغرم القصّار ، ولا يسع المدفوع إليه لبسهُ ، إذا علم أنّه ليس ثوبَهُ ، وعليه ردّه إلى القصّار ، ويطالبه بثوبه ،

فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ، ولبسه ، ثم علم ردّه مقطوعاً ، وضمن أرش القطع ، وله مطالبته بثوبه ، إن كان موجوداً ، وإن هلك عند القصّار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه ، فضمنه ، كما لو علم .

والثانية : لا يضمنه ، لأنه لم يمكنه ردّه فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض .

٤٢٢٩ (فصـــل)

والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر ، إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الذين يُكرون المِظلّ . أو الخَيْمَةَ إلى مكة ، فيذهب من المكترى بِسَرَقٍ[1] . أو بذهاب ، هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعةٍ يستحقها منها ، فكانت أمانةً ، كما لو قبض العبد الموصَى له بخدمته سنةً ، أو قبض الزوج امرأته الأمة .

ويخالف العارية ، فإنه لا يستحقّ منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الردّ ، أومأ إليه فى رواية ابن منصور ، فقيل له : إذا اكترى دابّة ، أو استعار ، أو استودع ، فليس عليه أن يحمله ؟ فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه ردّه من حيثُ أخذه ، فأوجب الردّ فى العارية ، ولم يوجبه فى الإجارة ، والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان ، فلا يقتضى ردّه ، ومؤنته ، كالوديعة ، وفارق العارية ، فانّ ضمانها يجب ، فكذلك ردّها .

وعلى هذا : متى انقضت المدّة كانت العين فى يده أمانةً كالوديعة إن تلفت من غير تفريط ، فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعيّة ، وقال بعضهم : يضمن ، لأنه بعد انقضاء الإجارة غيرُ مأذون له فى إمساكها ، أشبه العارية المؤقتّة بعد وقتها .

ولنا أنها أمانة ، أشبهت الوديعة ، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، وأما العارية فانها مضمونة فى كلّ حال ، بخلاف مسألتنا ، ولأنه يجب ردّها ، وعلى كلّ حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه ، فإن امتنع من ردّها لغير عذر صارت مضمونةً كالمغصوبة .

٤٢٣٠ (فصـــل)

فان شرط المؤجرّ على المستأجر ضمان العين ، فالشرط فاسد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

---

(١) السرق : بفتح السين والراء وسكونها ، وبفتح السين وكسر الراء هو السرقة ، والسرقه يجوز فيها أيضا فتح السين والراء ، وفتح السين وكسر الراء .

وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين : الكراء ، والضمان مكروه . وروى الأثرم بإسناده ، عن ابن عمر ، قال : لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة : أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرَط على كريٍّ أنه لا يُنزل متاعه بطن وادٍ ، أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط ، فتعدّى ذلك ، فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدّى فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وإن شرطه لم يصحّ الشرط . لأن مالا يجب ضمانه لا يصيِّره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه ، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك ، فقال : المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه ، ووجوبه بشرطه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الْمُسْلِمونَ عَلَى شرُوطِهِم » فأما إن أكراه عيناً ، وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل ، أو وقت القائلة ، أو لا يتأخرّ بها عن القافلة ، أو لا يجعل سيره فى آخرها ، أو لا يسلك بها الطريق الفلانيّة ، وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ، ضمن ، لأنه متعدٍّ لشرط كريِّه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً ، فحمل اثنين .

٤٢٣١ (فصـــــل)

وإن كانت الإجارة فاسدةً لم يضمن العين أيضاً ، إذا تلفت بغير تفريط ، ولا تعدّ ، لأنه عقد لا يقتضى الضمان صحيحُه ، فلا يقتضيه فاسدُه كالوكالة والمضاربة ، وحكم كلِّ عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه ، فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده ، وما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده .

٤٢٣٢ (فصـــل)

وللمستأجر ضرب الدابّة بقدر ماجرت به العادة ، ويكبحُها باللجام للاستصلاح ؛ ويحثها على السير ليلحق القافلة ، وقد صحّ أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم نَخَس بَعِيرَ جَابِرٍ وضَرَبَهُ وكَانَ أَبوُ بَكْرٍ رَضىَ اللهُ عَنْهُ يَخْرِشُ[1] بَعِيرهُ بِمِحْجَنِهِ ، وللرائض ضربُ الدابة للتأديب ، وترتيب المشى ، والعَدْو ، والسير ، وللمعلّم ضرب الصِّبيان للتأديب ، قال الأثرم : سُئل أحمد عن ضرب المعلّم الصبيان ، قال : على قدر ذنوبهم ، ويتوقَّى بجُهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضر به ، ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف ، وبهذا فى الدابة قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، يضمن ، لأنه تلف بجنايته ، فضمنه ، كغير المستأجَر ، وكذلك قال الشافعىّ فى المعلّم يضرب الصبىّ ، لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

ولنا أنه تلف من فعل مستَحقّ ، فلم يضمن ، كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن الضرب معنىً تضمّنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن ، كالركوب ، وفارق غير المستأجر ، لأنه متعدّ ، وقول الشافعىّ : يمكن

---

(١) يخرش بعيره : يخدشه ويجرحه جرحا خفيفا ، والمحجن : العصا المعوجة ، والرائض معلم الدابة المشى والجرى .

التأديب بغير الضرب لا يصحّ ، فان العادة خلافه ، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب ، إذ فيه ضرر ، وإيلام مستغنًى عنه ، وإن أسرف فى هذا كلّه ، أو زاد على ما يحصُل الغنى به ، أو ضرب من لا عقل له من الصبيان ، فعليه الضمان ، لأنه متعدٍّ حصل التلف بعُدوانه .

٤٢٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولاضمان على حجّام ولا ختّان ، ولامتطبّب إذا عُرِف منهم حِذق الصنعة ، ولم تجنِ أيديهم ﴾
وجملته : أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين :

أحدهما : أن يكونوا ذوى حِذق فى صناعتهم ، ولهم بها بَصارة ، ومعرفة ، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحِلّ له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرّماً ، فيضمن سِرايته كالقطع ابتداء .

الثانى : أن لا تجنى أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع ، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعا مأذونا فيه ، فلم يضمنوا سرايته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً فى فعله ، أشبه ما ذكرنا .

فأما إن كان حاذقاً ، وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الخِتَان إلى الحَشفَة ، أو إلى بعضها أو قطع فى غير مَحلّ القطع ، أو يقطع السِّلعة من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بآلة كآلة يكثرُ ألمها ، أو فى وقت لا يصلُح القطع فيه ، وأشباه هذا ضمن فيه كلّه ، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد ، والخطأ فأشبه إتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرّم ، فيضمن سِرَايته ، كالقطع ابتداءً ، وكذلك الحكم فى النزاع ، والقاطع فى القصاص ، وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافاً .

٤٢٣٤ (فصل)

وإن ختن صبيّاً بغير إذن وليه ، أو قطع سَلْعَةً من إنسان بغير إذنه أو من صبىٍّ ، بغير إذن وليّه ، فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذِنا له لم يضمن ، لأنه مأذون فيه شرعاً .

٤٢٣٥ (فصل)

ويجوز الاستئجار على الختان ، والمداواة ، وقطع السِّلعة ، لا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه فعل يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستئجار عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

٤٢٣٦ (فصل)

ويجوز أن يستأجر حجّاماً ليحجمه ، وأجره مباح ، وهذا اختيار أبى الخطاب . وهذا قول ابن عباس

قال : أنا آكله ، وبه قال عكرمة والقاسمُ ، وأبو جعفر ، ومحمد بن على ، بن الحسين ، وربيعة ، ويحيى الأنصارىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال القاضى : لا يباح أجر الحجّام ، وذكر أن أحمد نصّ عليه فى مواضع ، وقال : أُعطِى شيئاً من غير عقد ، ولا شرط ، فله أخذه ، ويصرفه فى علف دوابّه ، وطُعْمَة عبيده ، ومؤنة صناعته ، ولايحلّ له أكله ، وممن كره كسب الحجّام عثمان ، وأبو هريرة، والحسن، والنخعىّ ، وذلك . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » رواه مسلم ، وقال « أَطْعِمْهُ نَاضِحَكَ وَرَقِيقَكَ » .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : « احتجَمَ النبىُّ صلّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّم ، وأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ وَلَوْ عَلِمَهُ حَراماً لم يعْطه » متفق عليه . وفى لفظ : لو علمه خبيثاً لم يُعطه ، ولأنها منفعة مباحة ، لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القُربة ، فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، والخياطة ، ولأن بالناس حاجةً إليها . ولا نجد كلّ أحد متبرعًا بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالرضاع ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى كسب الحجّام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه ، إذ غير جائز أن يُطعم رقيقه مايحرُم أكله ، فإن الرقيق آدميّون ، يحرم عليهم ما حرّمه الله تعالى ، كما يحرم على الأحرار ، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه ، وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم ، فقد سمّى النبى صلى الله عليه وسلم الثوم ، والبصل ، خبيثين مع إباحتهما .

وإنما كره النبىّ صلّى الله عليه وسلم ذلك للحُرّ تنزيهاً ، لدناءة هذه الصناعة ، وليس عن أحمد . نصّ فى تحريم كسب الحجّام ، ولا الاستئجار عليها ، وإنما قال : نحن نعطيه كما أعطى النبىّ صلى الله عليه وسلم . ونقول له : كما قال النبىّ صلى الله عليه وسلم ، لما سُئل عن أكله نهاه ، وقال « اعِلفْهُ النَّاضِحَ وَالرَّقِيقَ » وهذا معنى كلامه فى جميع الروايات . وليس هذا صريحاً فى تحريمه ، بل فيه دليل على إباحته ، كما فى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، على ما بيّنّا ، وأن إعطاءه للحجّام دليل على إباحته ، إذ لا يعطيه مايحرم عليه . وهوعليه السلام يعلّم الناس ، وينهاهم عن المحرّمات ، فكيف يعطيهم إيّاها ، ويمكّنهم منها ، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة ، فيتعيّن حمل نهيه عن أكلها على الكراهة ، دون التحريم . وكذلك قول الإمام أحمد ، فإنه لم يخرُج عن قول النبى صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، وإنما قصد اتّباعه صلى الله عليه وسلم ، وكذلك سائر من كرهه من الأئمة ، يتعيّن حمل كلامهم على هذا : ولا يكون فى المسألة قائل باالتحريم .

وإذا ثبت هذا، فإنه يكره للحرّ أكلُ كسب الحجّام،ويكره تعلّم صناعة الحجامة ، وإجارة نفسه لها ، لما فيها من الأخبار . ولأن فيها دناءة ، فيكره الدخول فيها ، كالكسح . وعلى هذا يُحمل قول الأئمة الذين

ذكرنا عنهم كراهتها ، جمعاً بين الأخبار الواردة فيها ، وتوفيقاً بين الأدلة الدالّة عليها ، والله أعلم.

٤٢٣٧ (فصــــل)

فأما استئجار الحجّام لغير الحجامة ، وحلق الشعر ، وتقصيره ، والختان ، وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه ، فجائز ، لأنّ قول النبي صلى الله عليه وسلم « كَسْبُ الحَجّامِ خَبِيثٌ » يعني بالحِجامة ، كما نهى عن مَهْرِ البَغِيّ أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعةٍ أخرى لم يكن خبيثاً ، بغير خلاف . وهـذا النهي مخالف للقياس ، مختصّ بالمحلّ الذي ورد فيه . ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ، ولا تحريم فيها ، فجازت الإجارة فيها ، وأخذ الأجر عليها ، كسائر المنافع المباحة .

٤٢٣٨ (فصــــل)

ويجوز أن يستأجر كحّالا ليكحل عينه ، لأنه عمل جائز ، ويمكن تسليمه ، ويحتاج أن يقدّر ذلك بالمدّة ، لأن العمل غير مضبوط ، فيقدّر به ، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحّله : مرّة في كلّ يوم ، أو مرّتين ، فأمّا إن قدّرها بالبُرْء ، فقال القاضي : لا يجوز ، لأنه غير معلوم .

وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لأن أبا سعيد حين رَقَى الرجلَ شارطه على البرء ، والصحيح إن شاء الله . أنّ هذا يجوز ، لكن يكون جَعَالةً لا إجارةً . فإنّ الإجارة لا بدّ فيها من مدّة ، أو عمل معلوم ، فأمّا الجَعَالة فتجوز على عمل مجهول ، كردّ اللُّقطة ، والآبق ، وحديث أبي سعيد في الرُّقْيَةِ إنّما كان جَعَالةً ، فيجوز ههنا مثله .

إذا ثبت هذا : فإنّ الكحل إن كان من العليل جاز . لأن آلات العمل تكون من المستأجر ، كاللبِن في البناء ، والطين ، والآجرّ ، ونحوها ، وإن شارطه على الكحل جاز .

وقال القاضي : يحتمل أن لا يجوز ، لأن الأعيان لا تُملك بعقد الإجارة ، فلا يصحّ اشتراطُه على العامل، كلَبِن الحائط .

ولنا : أن العادة جارية . ويشقّ على العليل تحصيلُه . وقد يَعجِز عنه بالكلّية ، فجاز ذلك ، كالصّبغ من الصّباغ ، واللَّبَن في الرَّضاع ، والحِبْر ، والأقلام من الوَرّاق . وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول ، وفارق لبِنَ الحائط ، لأن العادة تحصيلُ المستأجَر له . ولا يشقّ ذلك ، بخلاف مسألتنا ، وقال أصحاب مالك : يجوز أن يستأجره ليبني له حائطاً ، والآجر من عنده . لأنه اشترط ما تتمّ به الصنعة التي عقد عليها ، فإذا كان مُباحاً معروفاً جاز . كما لو استأجره ليصبُغ ثوباً ، والصِّبغ من عنده .

ولنا : أن عقد الإجارة عقد على المنفعة . فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة ، ويُفارق الصبغ. وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيثُ إن الحاجة داعية إليه ، لأن تحصيل الصبغ يشقّ على

صاحب الثوب ، وقد يكون الصبغ لا يحصل إلا فى حيثُ يحتاج إلى مؤنة كثيرة ، لا يحتاج إليها فى صبغ هذا الثوب . فجازَ لمسيس الحاجة إليه ، بخلاف مسألتنا .

٤٢٣٩ (فصـــل)

وإذا استأجره مدّة ، فكحله فيها ، فلم تبرأ عينه استحقّ الأجر . وبه قال الجماعة ، وحُكى عن مالك أنه لا يستحقّ أجراً حتى تبرأ عينه . ولم يَحك ذلك أصحابُه . وهو فاسد ، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه ، فوجب له الأجر . وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يتمّه فيه ، وإن برئت عينه فى أثناء المدّة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدّة . لأنه قد تعذّر العمل . فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحقّ الكحّال الأجر بمضىّ المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء ، فلم يستعمله فيه .

فأمّا إن شارطه على البرء ، فإنه يكون جَعالة ، فلا يستحقّ شيئاً ، حتى يوجد البرء ، سواء وُجد قريباً ، أو بعيداً ، فإن برىء بغير كُحله ، أو تعذر الكحْل لموته ، أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجَعالة ، ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمرٍ من جهةِ الكحّال أو غير الجاعل فلا شىء له ، وإن فسخ الجاعلُ الجعالة بعد عمل الكحّال فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحّال فلا شىء له ، لأنها جَعالة ، فثبت فيها ما ذكرناه .

٤٢٤٠ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه ، والكلام فيه كالكلام فى الكحّال سواء . إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ، لأن ذلك إنّما جاز فى الكحّال على خلاف الأصل للحاجة إليه ، وجَرْىِ العادة به . فلم يوجد ذلك المعنى ههنا . فثبت الحكم فيه على وَفق الأصل ، والله أعلم .

٤٢٤١ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر من يقلع ضِرْسه ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالختَان . فإن أخطأ ، فقلع غير ما أُمِر بقلعه ضمنه ، لأنه من جنايته ، وإن برأ الضِّرْسُ قبل قلعه انفسخت الإجارة ، لأن قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يُجبر عليه ، لأن إتلاف جزء من الآدمىّ محرّم فى الأصل . وإنما أُبيح إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوّض إلى كلّ إنسان فى نفسه إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحبُ الضِّرس أعلم بمضرّته ، ومنفعته ، وقدر المدة .

٤٢٤٢ (فصـــل)

ومن استؤجر على عمل موصوف فى الذمّة ، كخياطة ، أو بناء أو قلع ضرس، فبذَلَ الأجيرُ نفسه للعمل

فلم يسكنه المستأجر لم تستقر الأجرة بذلك ، لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير ، فلم يستقر بدلها بالبذل ، كالصداق ، لا يستقر ببذل المرأة نفسها ، ويفارق حبس الدابة مدة الإجارة ، لأن المنافع تلفت تحت يده ، بخلاف مسألتنا .

٤٢٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعد ﴾

لا نعلم خلافاً فى صحة استئجار الراعى . وقد دل عليه قولُ الله تعالى مُخبِراً عن شُعَيْب : أنه قال (إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ) وقد عُلم أن موسى عليه السلام إنما آجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا : فإنه لا ضمان على الراعى فيما تلف من الماشية ، ما لم يتعد ، ولا نعلم فيه خلافاً إلا عن الشعبى ، فإنه رُوى عنه أنه ضمّن الراعى .

ولنا : أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعد ، كالمودَع ، ولأنها عينٌ قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجَرة ، فأمّا ما تلف بتعدّيه ، فيضمنُه بغير خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة ، أو يغفُل عنها ، أو يتركها تتباعد منه ، أو تغيبُ عن نظره ، وحفظه ، أو ضربها ضرباً يُسرف فيه ، أو فى غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو سلك بها موضعاً تتعرّض فيه للتلف ، وأشباه هذا ، مما يعدّ تفريطاً ، وتعدّياً ، فتتلف به ، فعليه ضمانها ، لأنها تلفت بعدوانه ، فضمنها ، كالمودَع إذا تعدّى ، وإن اختلفا فى التعدّى وعدمه ، فالقول قول الراعى ، لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا فى كونه تعدياً رُجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاةٍ ، وقال : ماتت ، قُبل قوله ، ولم يضمن ، وعن أحمد أنه يضمن ، ولا يُقبل قوله ، والصحيح الأول ، لأن الأمناء تُقبل أقوالهم ، كالمودَع ، ولأنه يتعذّر عليه إقامة البيّنة فى الغالب ، فأشبه المودَع . كذلك لو ادّعى موتها من غير أن يأتىَ بجلدها .

٤٢٤٤ (فصــــــل)

ولا يصحّ العقد فى الرعى إلا على مدّة معلومة ، لأن العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعى ماشية معيّنة ، وعلى جنس فى الذمّة ، فإن عقد على ماشيةٍ معينة ، فذكر أصحابنا : أنه يتعلّق بأعيانها ، كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه ، فلا يجوز إبداله ، ويبطُل العقد بتلفها ، وإن تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه ، وله أجر ما بقى منها بالحصّة ، وإن ولدت سِخَالاً ، لم يكن عليه رعيُها ، لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتُمل أن لا يتعلّق بأعيانها ، لأنها ليست المعقود عليها ، وإنما يستوفى المنفعة بها ، فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه ، جاز ، أن يركب غيره مكانه .

ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يُسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حِنطةً جاز أن يزرعها

ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها ، وإنّما المعقود عليه منفعة الراعي ، ولهذا يجب له الأجر إذا سلّم نفسه ، وإن لم يرع ، ويُفارق الثوب في الخياطة ، لأن الثياب في مَظِنّة الاختلاف ، في سهولة خياطتها ، ومشقّتها بخلاف الرعي .

فعلى هذا : له إبدالُها بمثلها ، وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه ، وكان له إبداله ، وإن وقع العقد على موصوف في الذمّة فلا بدّ من ذكر جنس الحيوان ، ولونه ، إبلاً ، أو بقراً ، أو غنماً ، أو ضأناً ، أو مَعِزاً ، وإن أطلق ذكر البقر ، والإبل ، لم يتناول الجواميس ، والبخاتيّ ، لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً ، وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها ، كالغنم ، لأن كل نوع له أثر في أتعاب الراعي ، ويذكر الكبر ، والصغر ، فيقول كباراً ، أو سِخالاً ، أو عَجاجِيلَ ، أو فُصْلاناً ، إلا أن يكون ثَمّ قرينةٌ ، أو عُرف صارفٌ إلى بعضها ، فيغنى عن الذكر .

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها ، لا من سِخالها ، ولا من غيرها ، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ ، وقال القاضي : يصحّ ، ويحمل على ما جرت به العادة ، كالمائة من الغنم ، ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ ، والأول أصحّ ، لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً ، إذ العمل يختلف باختلافه .

٤٢٤٥ (فصل فيما تجوز إجارته)

تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصلّ كالأرض ، والدار ، والعبد ، والبهيمة ، والثياب ، والفساطيط ، والحبال ، والخيام ، والمحامل ، والسرج ، واللجام ، والسيف ، والرمح ، وأشباه ذلك ، وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته في مواضعه ، وتجوز إجارة الحلي ، نص عليه أحمد في رواية ابنه عبدالله ، وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وروى عن أحمد أنه قال في إجارة الحلي : ما أدري ما هو؟ قال القاضي : هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجوازه ، وقال مالك في إجارة الحلي ، والثياب : ما هو من المشتبهات ، ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد الأصلية ، ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتجّ له ، بأنها تحتكّ بالاستعمال ، فيذهب منها أجزاء ، وإن كانت يسيرةً فيحصلُ الأجر في مقابلتها ، ومقابلة الانتفاع بها ، فيُفضي إلى بيع ذهب بذهب ، وشيء آخر ، ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ، فإن الله تعالى امتنّ بها علينا بقوله تعالى (لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً) وقال تعالى (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِى أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ) وأباح الله تعالى من التحلّي ، واللّباس للنساء ما حرّمه على الرجال ، لحاجتهنّ إلى التزيّن للأزواج ، وأسقط الزكاة عن حَلْيِهِنّ

معونةً لهن على اقتنائه ، وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح ، لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ، ولا يكاد يظهر فى وزن ، ولو ظهر فالأجر فى مقابلة الانتفاع ، لا فى مقابلة الأجزاء ، لأن الأجر فى الإجارة إنما هو عوض المنفعة ، كما فى سائر المواضع ، ولو كان فى مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر ، لإفضائه إلى الفرق فى معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض ، والله أعلم .

٤٢٤٦ (فصـــل)

وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلى فى مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والوجه الآخر أنها لا تجوز إجارتها ، لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها ، فأشبهت الشمع .

ولنا : أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعةً مباحة ، فأشبهت الحُلِىّ ، وفارق الشمع ، فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له ، وعينه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب : تصح الإجارة ، وينتفع بها فيما شاء منهما ، لأن منفعتهما فى الإجارة متعينة فى التحلى ، والوزن ، وهما متقاربان ، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما ، كاستئجار الدار مطلقا ، فإنه يتناول السكنى ، ووضع المتاع فيها ، وقال القاضى : لا تصح الإجارة ، وتكون قرضاً ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأن الإجارة تقتضى الانتفاع ، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، إنما هو بأعيانها ، فإذا أطلق الانتفاع حُمل على الانتفاع المعتاد .

وقال أصحاب الشافعى : لا تصح الإجارة ، فلا تكون قرضاً ، لأن التحلى ينقصها ، والوزن لا ينقصها ، فقد اختلفت جهة الانتفاع ، فلم يجز إطلاقها ، ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض ، لأن القرض تمليك للغير ، والإجارة تقتضى الانتفاع مع بقاء العين ، فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ : نقلاً ، ولم يُعهد فى اللسان التعبير بالإجارة عن القرض ، وقول أبى الخطاب أصح إن شاء الله ، لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده ، وقد أمكن حمله على إجارتها ، للجهة التى تجوز إجارتها فيها ، وقول القاضى لا يصح ، لأن الإجارة إنما تقتضى انتفاعاً مع بقاء العين ، فلا تحمل على غير ذلك ، وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال فى التحلى فبعيد ، فإن ذلك يسير ، لا أثر له ، فوجوده كعدمه .

٤٢٤٧ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلاً ليجفف عليها الثياب ، أو يبسطها عليها ليستظل بظلها، ولأصحاب الشافعى فى ذلك وجهان ، لما ذكروه فى الأثمان .

ولنا : أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك ، فكذلك إذا كانت ثابتة ، وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين ، فما جاز في إحداهما يجوز في الأخرى ، ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك ، كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة ، يمكن استيفاؤها مع بقاء العين ، فجاز العقد عليها ، كما لو كانت مقطوعةً ، ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها ، فجاز استئجارها لها ، كالحبال ، والخشب ، والشجر المقطوع .

٤٢٤٨ (فصـــل)

ويجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً ، أو زرعاً ، ولأصحاب الشافعيّ فيه وجهان ، لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان ، فأشبهت النحل .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع .

٤٢٤٩ (فصـــل)

ويجوز استئجار ما يبقى من الطِّيب ، والصندل ، وأقطاع الكافور ، والندّ لتشمّه المرضى ، وغيرهم مدّة ، ثم يردّه ، لأنها منفعة مباحة ، فأشبهت الوزن ، والتحلّي ، مع أنه لا ينفكّ من إخلاَقٍ[1] وبِلىً .

٤٢٥٠ (فصـــل)

وتجوز اجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً ، مدّة معلومة ، وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا : أن هذه منفعة مقصودة مقدورٌ على تسليمها ، واستيفائها ، فجاز عقد الإجارة عليها ، كاستئجار السطح للنوم عليه .

٤٢٥١ (فصـــل)

ويجوز استئجار دار يتّخذها مسجداً يُصلّي فيه ، وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك .

ولنا : أن هذه منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فجاز استئجار العين لها ، كالسكنى ، ويفارق الصلاة ، فإنّها لا تدخُلها النيابة ، بخلاف بناء المساجد .

٤٢٥٢ (فصـــل)

وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقي منها أياماً معلومةً ، لأن هواء البئر ، وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، وأما نفس الماء فيُؤخذ على أصل الإباحة ، والله الموفق .

---

(١) الاخلاق : جعله خلقا مستعملا قديما والبلى ، الذهاب والتلاشي .

٤٢٥٣ (فصـــــل)

ويجوز استئجار الفهد ، والبازى ، والصقر للصيد ، فى مدّة معلومة ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إعارته له ، فجازت إجارته له ، كالدابّة ، وتجوز إجارة كتب العلم التى يجوز بيعُها للانتفاع بها فى القراءة فيها ، والنسخ منها ، لما ذكرناه ، وتجوز إجارة درج فيه خط حسن ، يكتب عليه ، ويتمثّل منه لذلك .

٤٢٥٤ (فصل وما لا تجوز إجارته أقسام)

أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالمطعوم ، والمشروب ، والشمع ليشعله ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها ، فإن استأجر شمعةً يسرجها ، ويرد بقيتها ، وثمن ما ذهب ، وأجر الباقى كان فاسداً ، لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول ، وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعاً ليتجمّل به ، ويردّه من غير أن يشغل منه شيئاً لم يجز ، لأن ذلك ليس بمنفعة مرعيّة فى الشرع ، فبذل المال فيه سفه ، وأخذه أكل مال بالباطل ، فلم يجز ، كما لو استأجر خبزاً لينظر إليه ، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتجمّل به ، على مائدته ، ثم يردّه لم يجز ، لما ذكرنا ، وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصحّ استئجار ما لا يبقى من الرياحين ، كالورد ، والبنفسج ، والريحان الفارسىّ ، وأشباهه ، لشمّها ، لأنها تتلف عن قرب ، فأشبهت المطعومات ، ولا يجوز استئجار الغنم ، ولا الإبل ، والبقر ، ليأخذ لبنها ، ولا ليسترضعها السخلة[1] ، ونحوها ، ولا استئجارها ليأخذ صوفها ، ولا شعرها ، ولا وبرها ، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها ، أو شيئاً من عينها .

٤٢٥٥ (فصـــــل)

ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهـــذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وخرج أبو الخطاب وجهاً فى جوازه ، لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز ، كإجارة الظئر للرضاع ، والبئر ليستقى منها المـاء ، ولأنها منفعة تُستباح بالإعارة ، فتُستباح بالإجارة ، كسائر المنافع ، وهذا مذهب الحسن ، وابن سيرين .

ولنا : « أن النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ نَهَى عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ » متفق عليه ، وفى لفظ « نَهَى عَنْ ضِرَابِ الْجَمَلِ » ولأن المقصود المـاء الذى يُخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة ، فلم يجز ، كإجارة الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى ، فإن هذا الماء محرّم ، لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض عنه ، كالميتة ، والدم وهو مجهول ، فأشبه اللبن فى الضرع ، فأما من أجازه فينبغى أن يوقع العقد على العمل ، ويقدّر بمرّة ، أو مرّتين ، أو أكثر ، وقيل يقع العقد على مدّة ، وهذا بعيد ، لأن من أراد إطراق فرسه

(١) السخلة ولد الشاة أيا كان ، وفى نسخ المغنى (السخالة) بدل السخلة وهو تصحيف .

مرّة فقدّره بمدّة تزيد على قدر الفعل لم يمـكن استيعابها به ، وإن اقتصر على مقداره فربّما لا يحصل الفعل فيه ، ويتعذّر أيضاً ضبط مقدار الفعل، فيتعيّن التقدير بالفعل ، إلا أن يكترى فحلاً لإطراق ماشية كثيرة ، كفحلٍ يتركه فى إبله ، أو تيس فى غنمه ، فإنّ هذا إنّما يـكترى مدّة معلومة ، والمذهبُ أنه لا يجوز إجارته ، فإن احتاج إنسان إلى ذلك ، ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذُل الـكراء ، وليس للمطرِق أخذه ، قال عطاء : لا يأخذ عليه شيئاً ، ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة ، تدعو الحاجة إليها ، فجاز ، كشراء الأسير ، ورِشْوةِ الظالم ليدفع ظُلْمَه ، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ، ولا شرط ، فأُهديت له هديّة ، أو أُكرم بكرامة لذلك ، فلا بأس به ، لأنه فعل معروفاً ، فجازت مجازاته عليه ، كما لو أهدى هديّة .

٤٢٥٦ (فصــــل)

القسم الثانى : ما منفعته محرّمة ، كالزنا ، والزّمْر ، والنَّوْح ، والغناء ، فلا يجوز الاستئجار لفعله ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، وأبو ثور ، وكره ذلك الشعبىّ ، والنَّخَعِىُّ، لأنه محرّم ، فلم يجز الاستئجار عليه ، كإجارة أَمَته للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليـكتب له غِناء ونَوْحاً ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنه انتفاع بمحرّم ، فأشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرّم ولا بدعة ، ولا شىء محرّم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ، ولا على حمل خنزير ، ولا ميتة ، لذلك ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لأن العمل لا يتعيّن عليه ، بدليل أنه لو حمله مثله جاز ، ولأنه لو قصد إراقته ، أو طرح الميتة جاز .

وقد روى عن أحمد فيمن حمل خنزيراً ، أو ميتة ، أو خمراً لنصرانىّ : أَكرهُ أَكْلَ كِرائه ، ولـكن يُقضَى للحمَّال بالـكراء ، فإذا كان لمسلم فهو أشدّ . قال القاضى : هذا محمول على أنه استأجره ليُريقها ، فأمّا للشرب فمحظور[1] ، لا يحلّ أخذ الأجرة عليه ، وهـذا التأويل بعيد ، لقوله : أكره أكل كرائه ، وإذا كان لمسلم فهو أشدّ ، ولـكن المذهب خلاف هذه الرواية ، لأنه استئجار لفعل محرّم ، فلم يصحّ ، كالزنا ، ولأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم لعن حاملها ، والمحمولة إليـه . وقوله : لا يتعيّن ، يبطُل باستئجار أرض ليتّخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لإراقتها ، والميتة لطرحها ، والاستئجار للـكُنُف ، فجائز ، لأن ذلك كلّه مباح ، وقد استأجر النبىُّ صلّى الله عليه وسلم أبا طَيْبَةَ لحجْمِهِ ، وقال أحمد فى رواية ابن منصور ، فى الرجل يؤجّر نفسه لِنظارة كَرْمٍ لنصرانىّ : يكره ذلك ، لأن الأصل فى ذلك راجع إلى الخمر .

(١) المحظور : الممنوع ، وفى نسخ المغنى (فمحذور) بالذال بدل الظاء ، وهو تصحيف .

٤٢٥٧ (فصـــل)

ويكره أن يؤجّر الرجل نفسه لـكسح الـكُنُف ، ويكره له أ كلُ أجره ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » ونهى الحرّ عن أ كله ، فهذا أولى ، وقد روُى عن ابن عباس : أنّ رجُلاً حجّ ، ثم أتاه فقال : إنىّ رجلٌ أ كْنُس ، فما ترى فى مَـكْسبى ؟ قال : أىّ شىء تـكْنُس ؟ قال : العَذِرَه ، قال : ومنه حججت؟ ومنه تزوّجت ؟ قال نعم ، قال:أنت خبيثٌ ، وحَجُّكَ خبيثٌ ، وماتزوّجت خبيث ، أو نحو هذا ، ذ كره سعيد بن منصور فى سننه بمعناه ، ولأن فيه دناءةً ، فـكُره ، كالحجامة ، فأمّا الإجارة فى الجملة ، فجائزة ، لأن الحاجة داعية إليها ، فلا تندفع بدن إباحة الإجارة ، فوجب إباحتها ، كالحجامة .

٤٢٥٨ (فصـــل)

ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتّخذها كنيسةً ، أو بِيعَةً ، أو يتخذُها لبيع الخمر ، أو القمار ، وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك فى السَّوادِ فلا بأس أن تؤجّره لذلك ، وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه فى تأويل قوله .

ولنا : أنه فعل محرم ، فلم تجز الإجارة عليه ، كإجارة عبده للفجور ، ولو ا كترى ذمىٌّ من مسلم داره ، فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثورىّ ، وقال أصحاب الرأى : إن كان بيته فى السواد ، والجبل ، فله أن يفعل ما شاء .

ولنا : أنه فعل محرّم جاز المنع منه فى المصر ، فجاز فى السواد ، كقتل النفس المحرمة .

٤٢٥٩ (فصـــل)

القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحرّ ، والوقف ، وأمّ الولد ، والمدبّر ، فانه يجوز إجارتها ، وإن حرم بيعها ، وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته ، سواء كان ممن لايقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق[1] والجمل النادّ ، والبهيمة الشاردة[2] ، والمغصوب من غير غاصبه ، أو ممّن لا يقدر على انتزاعه منه ، فانه لا تجوز إجارته . لأنه لايمكن تسليم المعقود عليه ، وإن كان مما تُجهل صفته ، فإنه لا تجوز إجارته فى ظاهر المذهب ، أو كان ممن لا نفع فيه ، كسباع البهائم ، أو الطير التى لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة الـكلب ، ولا الخنزير بحال ، ويتخرّج جواز إجارة الـكلب الذى يُباح اقتناؤه ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إعارته له ، فجازت إجارته له كغيره ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، ولا تجوز إجارة مالا يقدر على تسليم منفعته ، سواء

(١) الآبق : الهارب ، والناد ، والنافر الشارد مثل الهارب .

(٢) البهيمة الشاردة : النافرة من صاحبها الهائمة على وجهها .

جاز بيعه ، أو لم يجز ، مثل أن يغصب منفعته ، بأن يدّعي إنسان أن هذه الدار في إجارته عاماً ، ويغلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجارتها ، في هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معاً ، وهذا قول أبي حنيفة ، وزفر ، لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته ، كالمغصوب ، وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار أبو حفص العُكْبَرِيّ جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعيّ ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالمفروز ، ولأنه عقد في ملكه يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره ، كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً ، فجاز لأحدهما فعله في نصيبه مفرداً ، كالبيع ، ومن نصر الأول فرق بين محلّ النزاع وبين ما إذا أجره الشريكان أو أجّره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر ، فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه ، دون غيره .

وإن كانت الدار لواحد فأجّر نصفها صحّ ، لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجّر نصفها الآخر المستأجر الأول صحّ ، فانه يمكنه تسليمه إليه ، وإن اجّره لغيره ففيه وجهان ، بناء على المسألة التي قبلها ، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجّره إليه ، وإن أجّر الدار لاثنين لكلّ واحد منهما نصفها فكذلك ، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كلّ واحد منهما إليه .

٤٢٦٠ (فصـــل)

وفي إجارة المصحف وجهان :

(أحدهما) لا تصحّ إجارته مبنيًّا على أنه لا يصحّ بيعه ، وعلّة ذلك إجلال كلام الله ، وكتابه عن المعاوضة به ، وابتذاله بالثمن ، في البيع ، والأجر في الإجارة .

(والثاني) تجوز إجارته ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنه انتفاع مباح ، تجوز الإعارة من أجله ، فجازت فيه الإجارة ، كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها ، فتجوز إجارتها . ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارتها ، لأنه علّل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثرُ من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك ، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله ، وتصاويره ، أو شمعاً ليتجمّل به .

ولنا : أنه انتفاع مباح ، يحتاج إليه ، وتجوز الإعارة له ، فجازت إجارته ، كسائر المنافع ، وفارق النظر إلى السقف ، فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب ، والتحفّظ منها ، والنسخ ، والسماع منها ، والرواية ، وغير ذلك ، من الأنفاع المقصودة المحتاج إليه .

٤٢٦١ (فصــــل)

ولا تجوز إجارة المسلم للذمىّ لخدمته ، نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم ، فقال : إن أجرّ نفسه من الذمىّ فى خدمته لم يجز ، وإن كان فى عمل شىء جاز ، وهذا أحد قولى الشافعىّ ، وقال فى الآخر : تجوز ، لأنه تجوز له إجارة نفسه فى غير الخدمة ، فجاز فيها ، كإجارته من المسلم .

ولنا : أنه عقد يتضمّن حبس المسلم عند الكافر ، وإذلاله له ، واستخدامه ، أشبه البيع ، يحقّقه أن عقد الإجارة للخدمة يتعيّن فيه حبسه مدّة الإجارة ، واستخدامه ، والبيع لا يتعيّن فيه ذلك ، فإذا منع منه ، فلأنْ يمنع من الإجارة أولى ، فأمّا إن أجّر نفسه منه فى عمل معيّن فى الذمّة ، كخياطة ثوب ، وقِصَارته جاز ، بغير خلاف نعلمه ، لأن عليًّا رضى الله عنه أجّر نفسه من يهودىّ يسقى له كلّ دلو بتَمْرةٍ ، وأخبر النبىّ صلّى الله عليه وسلم بذلك ، فلم ينكره ، وكذلك الأنصارىّ ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمّن إذلال المسلم ، ولا استخدامه ، أشبه مبايعته ، وإن أجّر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدّةً معلومة جاز أيضاً فى ظاهر كلام أحمد ، لقوله فى رواية الأثرم : وإن كان فى عمل شىء جاز .

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجّر نفسه من الذمىّ ، وهذا مطلق فى نوعى الإجارة ، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك ، وأشار إلى ما رواه الأثرم ، واحتجّ بأنه عقد يتضمّن حبس المسلم، أشبه البيع ، والصحيح ما ذكرنا ، وكلام أحمد إنما يدلّ على خلاف ما قاله ، فإنه خصّ المنع بالإجارة للخدمة ، وأجاز إجارته للعمل ، وهـذا إجارة للعمل ، ويفارق البيع ، فإن فيه إثبات الملك على المسلم ، ويفارق إجارته للخدمة ، لتضمّنها الإذلال .

٤٢٦٢ (فصــــل)

نقل إبراهيم الحربى عن أحمد أنه سئل عن الرجل يكترى الديك يُوقظه لوقت الصلاة لا يجوز ، وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ، ولا غيره ، وقد يَصيحُ ، وقد لا يصيح ، وربّما صاح بعد الوقت .

٤٢٦٣ (فصــــل)

القسم الرابع : القُرَب التى يختصّ فاعلها بكونه من أهل القربة ، يعنى أنه يشترط كونه مسلماً ، كالإمامة ، والأذان ، والحجّ ، وتعليم القرآن ، نصّ عليه أحمد ، وبه قال عطاء ، والضحّاك بن قيس ، وأبو حنيفة ، والزهرىّ ، وكره الزهرىّ ، وإسحاق تعليم القرآن بأجر .

وقال عبد الله بن شقيق : هذه الرُّغف التى يأخذها المعلّمون من السُّحْت ، وممّن كره أجرة التعليم مع

الشرط الحسن ، وابن سيرين ، وطاوس ، والشعبيّ ، والنخَعِيّ . وعن أحمد رواية أخرى . يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب .

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحبُّ إليّ من أن يتوكّل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكّل لرجل من عامّة الناس فى ضيعة ، ومن أن يستدين ويتّجر لعلّه لا يقدر على الوفاء ، فيلقى الله تعالى بأمانات الناس ، التعليم أحبّ إلىّ ، وهذا يدلّ على أن منعه منه فى موضع منعه للكراهة ، لا للتحريم .

وممن أجاز ذلك مالك ، والشافعىّ ، ورخّص فى أجور المعلّمين أبو قلابة ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم زوّج رجلاً بما معه من القرآن ، متّفق عليه ، وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً فى باب النكاح ، وقام مقام المهر ، جاز أخذ الأُجرة عليه فى الإجارة ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد رَقَى رجلاً بفاتحة الكتاب على جُعْلٍ ، فبرأ ، وأخذ أصحابه الجُعْل ، فأتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلّم ، فأخبروه ، وسألوه فقال « لَعَمْرِى لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةٍ بَاطِلٍ لَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةٍ حَقٍّ ، كُلُوا ، واضْرِبُوا لِى مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » وإذا جاز أخذ الجُعْل جاز أخذ الأجر ، لأنه فى معناه ، ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجر عليه ، كبناء المساجد ، والقناطر ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه يحتاج إلى الاستنابة فى الحجّ عمّن وجب عليه الحجّ وعجز عن فعله ، ولا يكاد يوجد متبرّع بذلك ، فيحتاج إلى بذل الأجر فيه .

ووجه الرواية الأولى ما روى عثمان بن أبى العاص قال « إنّ آخِرَ مَا عَهِدَ إلىّ النبىُّ صلّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَتَّخِذَ مُؤَذِّناً لاَ يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْراً » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وروى عُبادة ابن الصامت . قال : علّمْتُ ناساً من أهل الصُّفّة القرآنَ والكتابة ، فأهدى إلىّ رجلٌ منهم قَوْساً ، قال : قلت : قوس ، وليست بمال ، قال : قلت : أتقلّدها فى سبيل الله ، فذكرت ذلك للنبىّ صلّى الله عليه وسلم ، وقصَصْتُ عليه القصّة ، قال : « إنْ سَرَّكَ أَنْ يُقَلِّدَكَ اللهُ قَوْساً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا » وعن أبىّ بن كعب أنه علّم رجلاً سورةً من القرآن ، فأهدى إليه خميصة[1] ، أو ثوباً ، فذكر ذلك للنبىّ صلّى الله عليه وسلم فقال : « لَوْ أَنَّكَ لَبِسْتَهَا ، أَوْ أَخَذْتَهَا أَلْبَسَكَ اللهُ مَكَانَهَا ثَوْباً مِنْ نَارٍ » وعن أبىّ قال : كنت أختلف إلى رجل مُسِنّ ، قد أصابته علّة ، قد احتبس فى بيته ، أقرئه القرآن ، فكان عند فراغه ممّا أقرئه يقول لجارية له : هلُمّى بطعام أخى ، فيُؤْتَى بطَعامٍ لا آكلُ مثله بالمدينة ، فحاك فى نفسى منه شىء ، فذكرته للنبىّ صلّى الله عليه وسلم ، فقال : « إنْ كَانَ ذَلِكَ الطّعامُ طَعَامَهُ وطَعَامَ أَهْلِهِ فَكُلْ مِنْهُ ، وإنْ كَانَ يُتْحِفُكَ

(١) الخميصة : كساء أسود مربع له علمان أى خطان مخالفان لجميع لونه .

بِهِ وَلاَ تَأْكُلُهُ » وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاريّ ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أقْرَؤُا القُرآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهِ ، ولاَ تَجْفُوا عَنْهُ ، ولا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلاَ تَسْتَكْثِرُوا بِهِ » روى هذه الأحاديث كلَّها الأثرم فى سننه ، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى ، فلم يجز أخذ الأجر عليها ، كما لو استأجر قوماً يصلّون خلفه الجمعة ، أو التراويح ، فأمّا الأخذ على الرُّقيةِ ، فإن أحمد اختار جوازه ، وقال : لا بأس ، وذكر حديث أبى سعيد .

والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جُعل ، والمداواة يُباح أخذ الأجر عليها ، والجَعَالة أوسع من الإجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل ، والمدّة ، وقوله عليه السلام « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتابُ اللهِ » يعنى به الجُعل أيضاً فى الرُّقيةِ ، لأنه ذكر ذلك أيضاً فى سياق خبر الرقية ، وأما جعل التعليم صداقاً ففيه اختلاف ، وليس فى الخبر تصريح بأن التعليم صداق ، إنما قال « زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » فيحتملُ أنه زوّجه إياها بغير صداق إكراماً له ، كما زوّج أبا طلحة أمَّ سُلَيْمٍ على إسْلاَمِهِ ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض ، وإنما وجب نِحْلَةً ، ووُصْلَةً ، ولهذا جاز خلوّ العقد عن تسميته ، وصحّ مع فساده ، بخلاف الأجر فى غيره .

فأما الرزق من بيت المال فيجوز على مايتعدّى نفعُه من هذه الأمور ، لأن بيت المال لمصالح المسلمين ، فإذا كان بذله لمن يتعدّى نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه ، كان من المصالح ، وكان للآخذ له أخذه ، لأنه من أهله ، وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح ، بخلاف الأجر .

٤٣٦٤ (فصــــل)

فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، وقال فيما نقل عنه أيوب بن سافرىّ لا يطلب ولا يشارط ، فإن أعطى شيئاً أخذه ، وقال فى رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلّم إذا شرط ، وقال : إذا كان المعلم لا يُشارط ، ولا يطلب من أحد شيئاً ، إن أتاه شيء قبله ، كأنه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم ، لما تقدم من حديث القوس ، والخَمِيصة اللتين أعطيَهُما أبيّ وعبادةُ من غير شرط ، ولأنّ ذلك قُرْبة ، فلم يجز أخذ العوض عنها ، لا بشرط ، ولا بغيره كالصلاة والصيام ، ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم « مَا أَتَاكَ مِنْ هَذا المَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلة ، ولا إشرافِ نَفْسٍ فَخُذْهُ ، وتموّلْهُ ، فَإِنَّهُ رِزْقٌ سَاقَهُ اللهُ إِلَيْكَ » وقد أرخص النبيُّ صلى الله عليه وسلم لأبيّ فى أكل طعام الذى كان يُعلّمه ، إذا كان طعامه ، وطعام أهله ، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبةً مجرّدة ، فجاز ، كما لو لم يعلّمه شيئاً فأمّا حديث القوس ، والخميصة ، فقضيّتان فى عين ، فيحتمل أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم علم أنّهما فعلا ذلك لله خالصاً ، فكره أخذ العوض عنه ، من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك .

وإن أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبيّ الخطّ ، وحفظه ،جاز نصّ عليه أحمد ، فقال : إن كان المعطى بنوى أن يعطيه لحفظ الصبي ، وتعليمه ، فأرجو إذا كان كذا ، ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفرداً ، فجاز مع غيره ، كسائر مايجوز الاستئجار عليه . وهكذا لو كان إمام المسجد قيّما له يُسْرِج قناديله ، ويكنُسه ، ويُغلق بابه ، ويفتحه ، فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب فى الحجّ يخدُم المستنيب له فى طريق الحج ، ويشدّ له ، ويرفع حمله ، ويحجّ عن أبيه ، فدفع له أجراً لخدمته . لم يمتنع ذلك ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٦٥ (فصـــل)

ومالا يختصّ فاعله أن يكون من أهل القربة ، كتعليم الخطّ ، والحساب ، والشعر المباح ، وأشباهه ، وبناء المساجد ، والقناطر ، جاز أخذ الأجر عليه . لأنه يقع تارةً قُرْبة ، وتارةً غير قُربة ، فلم يمنع من الاستئجار لفعله ، كغرس الأشجار ، وبناء البيوت . وكذلك فى تعليم الفقه ، والحديث ، وأمّا مالا يتعدّى نفعه فاعله من العبادات المحضة ، كالصيام ، وصلاة الإنسان لنفسه ، وحجّه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه ، فلا يجوز أخذ الأجر عليها ، بغير خلاف . لأن الأجر عوض الانتفاع ، ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع ، فاشبه إجارة الأعيان التى لانفع فيها .

٤٢٦٦ (فصـــــــل)

إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال : أجرتنيها سنةً بدينار ، قال : بل بدينارين ، تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر[١] . نصّ عليه أحمد ، وهو قول الشافعيّ . لأن الإجارة نوع من البيع .

فإذا تحالفا قبل مضيّ شىء من المدّة فسخا العقد ، ورجع كلّ واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قرّ العقدُ . وإن فسخا العقد بعد المدّة أو شىء منها سقط المسمى ، ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه ، وهذا قول الشافعيّ ، وبه قال أبو حنيفة ، إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه ، وبين أجر مثله . وقال أبوثور : القول قول المستأجر . لأنه منكر الزيادة فى الأجر ، والقول قولُ المنكر .

ولنا : أن الإجارة نوع من البيع ، فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها ، كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفة ، وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائع » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدّة . وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيحُ أنهما يتحالفان لما ذكرناه .

---

(١) الآجر . المؤجر .

٤٢٦٧ (فصـــــل)

وإن اختلفا في المدة فقال : أجّرتـكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينارين ، فالقول قول المالك . لأنه منـكر للزيادة ، فـكان القول قوله فيما أنـكره ، كما لو قال : بعتك هـذا العبد بمائة ، قال : بل هذين العبدين ، وإن قال : أجّرتـكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينار ، فههنا قد اختلفا فى قدر العوض ، والمدةّ جميعاً فيتحالفان . لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مـدةّ بعوض ، فصار كما لو اختلفا فى العوض مع اتفاق المدةّ .

وإن قال المالك : أجّر تـكها سنةً بدينار ، فقال السا كن : بل استأجرتنى على حفظها بدينار ، فقال أحمد : القولُ قولُ ربّ الدار . إلا أن تـكون للسا كن بيّنة ، وذلك لأن سكنى الدار قد وُجد من السا كن ، واستيفاء منفعتها وهى ملك صاحبها ، والقولُ قولهُ فى ملـكه ، والأصلُ عدم استئجار السا كن فى الحفظ ، فـكان القول قولَ من ينفيه .

٤٢٦٨ (فصـــــل)

وإن اختلفا فى التعدّى فى العين المستأجرة ، فالقولُ قولُ المستأجر . لأنه مؤتمن عليها ، فأشبه المودَع ، ولأن الأصل عدم العُدوان ، والبراءة من الضمان . وإن ادّعى أن العبد أبقَ من يده وأن الدابّة شرَدَت [1] أو نَفقَتْ ، وأنـكر المؤجّر فمن أحمد روايتان .

إحداهما : أن القول قول المستأجر ، لما ذكرنا . ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الإنتفاع .

والثانية : القول قول المؤجّر . لأن الأصل السلامة . فأمّا إن ادّعى أن العبد مرض فى يده نظرنا : فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك ، سواء وافقه العبد أو خالفه . نصّ عليه أحمد . وإن جاء به مريضاً فالقولُ قول المستأجر ، وهذا قول أبى حنيفة . لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادّعى ما يخالف الأصل ، وليس معه دليل عليه ، وإن جاء به مريضاً فقد وجُد ما يخالف الأصل يقيناً ، فـكان القول قوله فى مدة المرض ، لأنه أعلم بذلك ، لكونه فى يده ، وكذلك إن ادّعى إباقه فى حال إباقة ، أو جاء به غير آبق .

ونقل إسحاق بن منصور : عن أحمد : أنهُ يقبل قوله فى إباق العبد دون مرضه ، وبه ، قال الثورىّ ، وإسحاق ، قال أبو بكر : وبالأول أقول ، لأنهما سواء فى تفويت منفعته ، فـكانا سواء فى دعوى ذلك . وإن هلـكت العين ، فاختلفا فى وقت هلاكها ، أو أبق العبد ، أو مرض ، فاختلفا فى وقت ذلك فالقولَ قولُ المستأجر ، لأن الأصل عدم العمل ، ولأن ذلك حصل فى يده وهو أعلم به .

---

(١) شردت : نفرت وهربت ، ونفقت : يعنى ماتت .

٤٢٦٩ (فصـــل)

إذا دفع ثوبه إلى خيّاط ، أو قصّار ، ليخيطه ، أو يُقصّره ، من غير عقد ، ولا شرط ، ولا تعريض بأجر ، مثل أن يقول : خذ هذا ، فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ، وكان الخيّاط والقصّار منتصبين لذلك ، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا أجر لهما ، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جُعِل لهما ، فأشبه ما لو تبرّعا بعمله .

ولنا : أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماماً ، أو جلس في سفينة مع ملاّح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه ، فصار كالتعريض ، فأمّا إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً ، إلا بعقد ، أو شرط العوض ، أو تفويض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرّع به ، أو عمله بغير إذن مالكه ، ولو دفع ثوباً إلى رجل ليبيعه ، فالحكم فيه كالحكم في القصّار ، والخيّاط : إن كان منتصباً يبيع للناس بأجر ، فله أجر مثله . نصّ عليه أحمد ، وإن لم يكن كذلك فلا شيء له ، لما تقدّم ، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ، ولم يقاطعه على أجر ، فله أجر المثل ، لأن الثياب تختلف أجرتها ، ولم يعيّن شيئاً ، فجرى مجرى الإجارة الفاسدة ، فإن تلف الثوب من حرزه ، أو بغير فعله ، فلا ضمان عليه ، لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح لا يُضمن في فاسده ، وإن تلف من فعله بتخريقه ، أو دقّه ضمنه . لأنه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح ففي الفاسد أولى ، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً إلى قصّار ليقصّره ، ولم يقطع له أجراً بل قال : أنا أعطيك كما تُعطَى ، وهلك الثوب . فإن كان بخرق ، أو نحوه مما لا تجنيه يده ، فلا ضمان عليه ، بيّن الكراء ، أو لم يبيّن ، والعلة في ذلك ما ذكرناه .

٤٢٧٠ (فصـــل)

إذا استأجر رجلا ليحمل له كتاباً إلى مكة ، أو غيرها إلى صاحب له ، فحمله ، فوجد صاحبه غائباً ، فردّه استحقّ الأجر بحمله في الذهاب والردّ ، لأنه حمله في الذهاب بإذن صاحبه صريحاً ، وفي الردّ تضميناً ، لأن تقدير كلامه : وإن لم تجد صاحبه فردّه ، إذ ليس سوى ردّه إلا تضييعه . فقد عُلِم أنه لا يرضى تضييعه ، فتعيّن ردّه ، والله أعلم .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة ، تسمَّى مَيْتةً ، ومواتاً ، ومَوَتاناً بفتح الميم ، والواو ، والموتان بضمّ الميم وسكون الواو الموتُ الذريع ، ورجل مَوْتانُ القلب بفتح الميم وسكون الواو يعنى أعمى القلب ، لا يفهم ، والأصل فى إحياء الأرض ما رَوى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِىَ لَهُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، وروى سعيد بن زيد : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِىَ لَهُ ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وروى مالك فى مُوَطّئه ، وأبو داود فى سُننه ، عن عائشة مثله ، قال ابن عبد البرّ : وهو مسند صحيح ، متلقًّى بالقبول عند فقهاء المدينة ، وغيرهم ، وروى أبو عُبَيد فى الأموال عن عائشة قالت : قالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » قال عُروة : قضى بذلك عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى خلافته ، وعامّة فقهاء الأمصار على أن الموات يُملك بالإحياء ، وإن اختلفوا فى شروطه .

٤٢٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ ومن أحيا أرضاً لم يُملك فهى له ﴾ .

وجملته : أن الموات قسمان :

أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالإحياء ، بغير خلاف بين القائلين بالإحياء ، والأخبارُ التى رويناها متناولةٌ له .

القسم الثانى : ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : ماله مالك معيّن ، وهو ضربان : أحدهما : ما مُلك بشراء ، أو عطيّة ، فهذا لا يُملك بالإحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البرّ : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير مُنقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحدٍ غير أربابه .

الثانى : ما ملك بالإحياء ، ثم تُرِك حتى دَثَرَ(١) وعاد مواتاً ، فهو كالذى قبله سواء ، وقال مالك: يملك هذا لعموم قوله « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِىَ لَهُ » ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتاً عادت إلى الإباحة ، كمن أخذ ماء من نهر ، ثم ردّه فيه .

---

(١) دثر : قدم وطال عليه العهد بعدم العمارة والإحياء .

ولنا : أن هذه أرض يُعرف مالكها ، فلم تُملك بالإحياء ، كالتي مُلكت بشراء ، أو عطيّة ، والخبر مقيّد بغير المملوك ، بقوله في الرواية الأخرى « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وقوله « فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ » وهذا يوجب تقييد مُطلق حديثه ، وقال هشام بن عُروة في تفسير قوله عليه السلام « وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميّتة لغيره ، فيغرس فيها ، ذكره سعيد بن منصور في سننه ، ثم الحديث مخصوص بما مُلك بشراء ، أو عطيّة ، فنقيس عليه محلّ النزاع . ولأنّ سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تُركت حتى تشعّثت ، وما ذكروه يبطلُ بالموات إذا أحياه إنسان ، ثم باعه ، فتركه المشتري حتى عاد مَواتاً ، وباللُّقطة إذا مَلكها ، ثم ضاعت منه ، ويُخالف ماء النهر فإنه استهلك .

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهليّ ، كآثار الرُّوم ، ومساكن ثمود ، ونحوها ، فهذا يُملك بالإحياء . لأن ذلك الملك لا حُرمة له . وقد روى عن طاوس ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَادِيُّ الأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ » رواه سعيد بن منصور في سننه ، وأبو عُبَيد في الأموال ، وقال : عادي الأرض : التي كان بها ساكن في آباد الدهر ، فانقرضوا ، فلم يبق منهم أنيس ، وإنما نسبها إلى عادٍ لأنهم كانوا مع تقدّمهم ذوي قُوَّةٍ ، وبطش ، وآثار كثيرة ، فنُسب كلُّ أثرٍ قديم إليهم ، ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ، ولم يُعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يُملك ، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً ، فاستحقّوه ، فصار موقوفاً بوقف عمر له ، فلم يملك ، كما لو عُلم مالكه .

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم ، أو ذميّ غير معيّن ، فظاهر كلام الخرقيّ أنها لا تُملك بالإحياء ، وهو أحدُ الروايتين عن أحمد ، نقلها عنه أبو داود ، وأبو الحارث ، ويوسف بن موسى ، لما روى كثير بن عبد الله بن عوف ، عن أبيه ، عن جدّه قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَوَاتاً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » فقيّده بكونه في غير حقّ مسلم . ولأن هذه الأرض لها مالك ، فلم يجز إحياؤها ، كما لو كان معيّناً ، فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم ، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالإحياء ، نقلها صالح ، وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، لعموم الأخبار ، ولأنها أرض موات ، لا حقّ فيها لقوم بأعيانهم ، أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهي كلقطة دار الإسلام ، وإن كانت في دار الكفر فهي كالرّكاز .

٤٢٧٢ (فصـــل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام ، لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما

يُملك بالقهر ، والغلبة ، كسائر أموالهم ، فأمّا ماعرف أنه كان مملوكا ، ولم يعلم لهمالك معيّن فهوعلى الروايتين . فإن قيل : فهذا ملك كافر غير محترم ، فأشبه دِيار عادٍ وقد دلّ عليه قوله عليه السلام « عَادِى الأَرْضِ للهِ ولِرَسُولِهِ » ولأن الرِّكاز من أموالهم ، ويملكه واجده ، فهذا أولى ، قلنا : قوله « عادى الأرض » يعنى ما قَدِم ملكه ، ومضت عليه الأزمان ، وما كان كذلك فلا حكم لمالكه . فأمّا ماقرب ملكه ، فيحتمل أن له مالكاً باقياً . وإن لم يتعيّن ، فلهذا قلنا : لا يملك ، على إحدى الروايتين ، وأما الركاز فإنّه ينقل ، ويحوّل ، وهذا بخلاف الأرض ، بدليل أن لقطة دار الإسلام تُملك بعد التعريف ، بخلاف الأرض .

٤٢٧٣ (فصــــل)

ولا فرق بين المسلم والذمىّ فى الإحياء ، نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك : لا يملك الذمىّ بالإحياء فى دار الإسلام ، قال القاضى : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَوَتَانُ الأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثمّ هىَ لَكُمْ مِنِّى » فجمع الموتان ، وجعله للمسلمين ، ولأنّ موتان الدار من حقوقها ، والدار للمسلمين فكان مواتها لهم ، كمرافق المملوك .

ولنا عموم قول النبىّ « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِىَ لَهُ » ولأنّ هذه جهة من جهات التمليك ، فاشترك فيها المسلم ، والذمىّ ، كسائر جهاته ، وحديثهم لا نعرفه ، إنما نعرف قوله « عَادِى الأَرْضِ للهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ لَكُمْ بَعدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَواتاً مِنَ الأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُهَا » هكذا رواه سعيد بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طاوس ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، ثمّ لا يمتنع أن يريد بقوله « هِىَ لَكُمْ » أى لأهل دار الإسلام ، والذمّى من أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها ، وقولهم إنّها من حقوق الإسلام قلنا : وهو من أهل الدار ، فيتملّكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مُباحاتها من الحشيش ، والحطب ، والصُّيود ، والرِّكاز ، والمعدن ، واللُّقطة ، وهى من مرافق دار الإسلام .

٤٢٧٤ (فصــل)

وما قرب من العامر ، وتعلّق بمصالحه من طرقه ، ومسيل مائه ، ومُطّرَح قُمامَته ، ومُلْقَى تُرابه ، وآلاته ، فلا يجوز إحياؤه ، بغير خلاف فى المذهب ، وكذلك ما تعلّق بمصالح القرية ، كفِنائها ، ومرعَى ماشيتها ، ومُحتطَبها ، وطرقها ، ومسيل مائها ، لا يملك بالإحياء ، ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم ، وكذلك حريم البئر ، والنهر ، والعين ، وكلّ مملوك لا يجوز إحياء ما تعلّق بمصالحه لقوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فِى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِىَ لَهُ » مفهومه أنّ ما تعلّق به حقّ مسلم لا يُملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوّزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله .

وذكر القاضي . أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره ، لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها.

وقال الشافعيّ . يملك بذلك ، وهو ظاهر قول الخرَقيّ في حريم البئر ، لأنه مكان استحقّه بالإحياء فملكه ، كالمحيي ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار فى البيع ويختصّ به صاحبُها ، فأمّا ما قرب من العامر ، ولم يتعلّق بمصالحه . ففيه روايتان .

إحداهما : يجوز إحياؤه ، قال أحمد فى رواية أبى الصّقْر فى رجلين أحْيَيَا قطعتين من مَوات ، وبقيت بينهما رُقعةٌ ، فجاء رجل ليُحيِيَها فليس لهما منعه ، وقال فى جَبّانةٍ بين قريتين : من أحياها فهى له ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، لعموم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أقطع بلال ابن الحارث المُزنىّ العَقِيقَ ، وهو يعلم أنه بين عِمارة المدينة ، ولأنّه مواتٌ لم يتعلّق به مصلحة العامر ، فجاز إحياؤه كالبعيد .

(والرواية الثانية) لا يجوز إحياؤه ، وبه قال أبو حنيفة ، والليث ، لأنه فى مَظِنّة تعلّق المصلحة به ، فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب حائطه إلى فنائه ، ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه ، فيضع آلات البناء فى فنائه ، وغير ذلك ، ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد .

إذا ثبت هذا . فإنّه لاحدّ يفصل بين القريب ، والبعيد ، سوى العُرف ، وقال الليث : حدّه غَلْوةٌ ، وهى خُمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حدّ البعيد هو الذى إذا وقف الرجل فى أدناه فصاح بأعلى صوته لم يُسمِع أدنى أهلِ المصر إليه .

ولنا أن التحديد لا يُعرف إلا بالتوقيف ، ولا يُعرف بالرأى ، والتحكّم ، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد ، فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العُرف ، كالقبض ، والإحراز . وقول من حدّد هذا تحكّم بغير دليل ، وليس ذلك أولى من تحديده بشىء آخر ، كمِيلٍ ، ونصف ميل ، ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذى ذكراه — والله أعلم — مختصّ بما قرب من المصر ، أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حداً لكلّ ما قرب من عامر ، لأنه يُفضى إلى أن من أحيا أرضاً فى موات حرُم إحياء شىء من ذلك الموات على غيره ، مالم يخرج عن ذلك الحدّ .

٤٢٧٥ (فصــــل)

وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء ، المفتوح عَنْوةً كأرض الشام ، والعراق ، وما أسلم أهله عليه ، كالمدينة وما صُولح أهله على أن الأرض للمسلمين ، كأرض خَيْبَر ، إلا الذى صُولح أهلهُ على أن الأرض لهم ، ولنا الخراج عنها ، فإن أصحابنا قالوا : لو دخل فيها مسلم ، فأحيا فيها مواتاً لم يملكه ، لأنهم صُولحوا فى بلادهم ،

فلا يجوز التعرّض لشيء منها ، عامراً كان ، أو مواتاً ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يملك عليهم البلد ، لم يملك ، مواته ، ويفارق دار الحرب ، حيث ُ يملك مواتها ، لأن دار الحرب على أصل الإباحة ، وهذه صالحناهم على تركها لهم ، فحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولأنها من مُباحات دارهم ، فجاز أن يملكها من وُجد منه سبب تملّكها ، كالحشيش ، والحطب ، وقد روى عن أحمد : أنه ليس فى السواد مَواتٌ ، يعنى سواد العراق . قال القاضى : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كلّه فى زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفّار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يُعطى خَرِبَةً فلم يجدوا له خربة ، فقال : إنّما أردتُ أن أُعلِمَكُمْ كيف أخذتموها مِنّا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده ، لأن ما دثرَ من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين .

٤٢٧٦ (فصــل)

وإن تحجّر مواتاً ، وهوأن يشرع فى إحيائه ، مثل أن أدارحول الأرض تراباً ، وأحجاراً ، أو حاطها بحائط صغير ، لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالإحياء ، وليس هذا إحياء ، لكن يصير أحقّ الناس به ، لأنه رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إلى مَالم يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » رواه أبو داود ، فإن نقله إلى غيره صار الثانى بمنزلته ، لأن صاحبه أقامه مقامه ، وإن مات فوارثه أحقُّ به لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أوْ مَالاً فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فإن باعه لم يصحّ بيعه ، لأنه لم يملكه ، فلم يملك بيعه ، كحق الشفعة قبل الأخذ به ، وكمن سبق إلى معدن ، أو مباح قبل أخذه ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز بيعه ، لأنه له ، فان سبق غيرُه ، فأحياه ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يملكه ، لأن الإحياء يملك به ، والحجْرُ لا يُملك به ، فثبت الملك بما يملك به ، دون مالم يملك به ، كمن سبق إلى معدن ، أو مَشْرَعة ماء ، فجاء غيره ، فأزاله وأخذه . والثانى : لا يملكه لأن مفهوم قوله عليه السلام ، « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً ، لَيْسَتْ لأحَدٍ — وقوله — فِى حَقِّ غَيْرِ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » أنها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حقّ ، وكذلك قوله « مَنْ سَبَقَ إلَى مَالمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وروى سعيد فى سننه : أن عمر رضى الله عنه قال : من كانت له أرض ، يعنى : من تحجّر أرضاً ، فعطّلها ثلاثَ سنين ، فجاء قوم ، فعمروها ، فهم أحقُّ بها ، وهذا يدلّ على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، لأن الثانىَ أحيا فى حقّ غيره ، فلم يملكه ، كما لو أحيا ما يتعلّق به مصالح ملك غيره ، لأن حقّ المتحجّر أسبقُ ، فكان أولى ، كحق الشفيع يقدّم على شراء المشترى . فإن طالت المدّة عليه ، فينبغى أن يقول له السلطان : إمّا أن تحييه ، أو تتركه ليُحْيِيَهُ غيرك ، لأنه ضيّق على الناس

فى حقّ مُشتركٍ بينهم ، فلم يمكّن من ذلك ، كما لو وقف فى طريق ضيّق ، أو مَشْرَعَةِ ماء ، أو مَعدن لا ينتفع ، ولا يدع غيره ينتفع ، فإن سأل الإمهال لعُذر له أُمْهِل الشهرَ ، والشهرَيْنِ ، ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره فى مدّة المُهلة ، ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما .

وإن انقضت المدة ، ولم يُعمر ، فلغيره أن يُعمره ، ويملكه ، لأن المدّة ضُربت له لينقطع حقّه بمضيّها ، وسواء أذن له السلطان فى عمارتها ، أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة ، قيل له : إمّا أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، فإن لم يقل له شىء ، واستمرّ تعطيلها ، فقد ذكرنا عن عمر رضى الله عنه أن من تحجّر أرضاً فعطّلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحقّ بها ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه نحو ما ذكرنا .

٤٢٧٧ (فصـــــل)

وللامام إقطاع الموات لمن يُحييه ، فيكون بمنزلة المتحجّر الشارع فى الإحياء ، لما رُوى « أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أَقْطَع بِلَالَ بْنَ الْحرث الْعَقِيقَ أَجْمَعَ ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ قَالَ لِبلالٍ : إِنّ رَسُولَ الله صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يُقْطِعْكَ لِتُحِيزَهُ عَنْ النَّاسِ ، إنّمَا أَقْطَعَكَ لِتَعْمُرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِه ، وَرُدَّ البَاقِيَ » رواه أبو عُبَيد فى الأموال ، وذكر سعيد فى سننه : حدّثنا عبد العزيز بن محمد ، عن ربيعة ، قال : سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول : إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحرث العقيق ، فلمّا وَلِىَ عمر بنُ الخطّاب قال : ما أقطعك لتحْتَجِنَهُ ، فأَقْطَعهُ النَّاسَ ، وروى علقمة بن وائل ، عن أبيه ، أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً بحضْرَمَوْتَ ، قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال سعيد : حدّثنا سفيان ، عن ابن أبى نجيح ، عن عمرو بن شُعَيب « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم أَقْطَعَ نَاساً مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضاً فَعطَّلُوهَا فَجاء قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا فَخَاصَمَهُمْ الّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم إِلَى عُمَرَ بْنَ الخطّاب ، فقال عمر : لَوْ كَانَتْ قَطِيعةً مِنِّى أَوْ مِنْ أَبِى بَكْرٍ لَمْ أَرُدَّها ، ولـكنّها قَطِيعةٌ مِنْ رسول الله صلّى الله عليه وسلم ، فأنا أردُّها ، ثمّ قال عمر رضى الله عنه : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ يَعْنِى مَنْ تَحجّر أرضاً ، فعطّلها ثلاثَ سِنِينَ ، فجاء قوم فعَمَرُوها ، فهم أحقُّ بها » .

٤٢٧٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ إلا أن تكون أرض ملح ، أو ماء للمسلمين فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان ﴾ .

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة ، وهى التى يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس ، وينتفعون بها ،

كالملح ، والماء ، والكبريت ، والقير[1] ، والموميا ، والنفط ، والكحل ، والبرام[2] ، والياقوت ، ومقاطع الطين ، وأشباه ذلك ، لا تملك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضرراً بالمسلمين ، وتضييقاً عليهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العد[3] رده ، كذا قال أحمد . وروى أبو عبيد ، وأبو داود ، والترمذي ، بإسنادهم ، عن أبيض بن حمال : أنه استقطع رسولَ الله صلى الله عليه وسلم الملح بمأربَ ، فلما ولّى قيل : يا رسول الله ، أتدرى ما أقطعتَ له ؟ إنما أقطعت له الماء العدّ ، فرجعه منه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يُحمَى من الأراك ؟ قال « مَا لَمْ تَنَلْهُ أَخْفَافُ الإِبِلِ » وهو حديث غريب ، ورُوِى فى لفظ عنه أنه قال « لاَ حِمَى فِى الأَرَاكِ » ورواه سعيد ، فقال : حدثنى إسماعيل بن عياش ، عن عمرو ابن قيس المأربى ، عن أبيه ، عن أبيض بن حمال المأربى ، قال : استقطعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم مَعْدِن المِلْح بمأربَ ، فأقطعنيه ، فقيل : يا رسول الله ، إنه بمنزلة الماء العدّ ، يعنى أنه لا ينقطع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَلاَ إِذَنْ » ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة ، فلم يجز إحياؤه ، ولا إقطاعه ، كمشارع الماء ، وطرقات المسلمين ، وقال ابن عقيل : هذا من موادّ الله الكريم ، وفيض جُوده الذى لا غَناء عنه ، فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه ، فضاق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أغلاه ، فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة ، وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

٤٢٧٩ (فصـــل)

فأما المعادن الباطنة ، وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل ، والمؤنة ، كمعادن الذهب ، والفضة ، والحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والبلور ، والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرةً لم تملك أيضاً بالإحياء ، لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن لم تكن ظاهرةً ، فحفرها إنسان ، وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعى ، ويحتمل أن يملكها بذلك ، وهو قول للشافعى ، لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل ، والمؤنة ، فملك بالإحياء ، كالأرض ، ولأنه بإظهاره تهيأ الانتفاع به ، من غير حاجة إلى تكرار

---

(١) القير : الزفت ، كالقار ، أو شىء أسود تطلى به الإبل الجربى كالزفت ، والموميـاء ، الآثار والنفط . زيت البترول .

(٢) نوع من الحجارة رخو .

(٣) المـاء العد : بكسر العين وتشديد الدال ، الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع كماء العين والمعنى أن الملح كالماء الجارى ينبغى أن يشارك الناس فيه بعضهم بعضاً .

ذلك العمل ، فأشبه الأرض إذا جاءها بماء ، أو حاطها ، ووجه الأول أن الإحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المُحْيَا للانتفاع ، من غير تكرار عمل ، وهذا حفر ، وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كلّ انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئراً ملكها ، وملك حريمها . قلنا : البئر تهيّأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ، ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كلّ انتفاع إلى عمل ، وعمارة ، فافترقا . قال أصحابنا : وليس للامام إقطاعها . لأنها لا تُملك بالإحياء ، والصحيح جواز ذلك ، « لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أقطع لبِلَالِ ابن الحارث معادِنَ القَبَلِيَّة ، جَلْسِيِّها ، وغَوْرِيِّها[1] » رواه أبو داود ، وغيره .

٤٢٨٠ (فصــــل)

ومن أحيا أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ، ظاهراً كان أو باطناً ، إذا كان من المعادن الجامدة ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها ، وطبقاتها ، وهذا منها ، ويفارق الكنز ، فإنه مودَع فيها ، وليس من أجزائها ، ويُفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ، لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم ، وههنا لم يقطع عنهم شيئاً ، لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجّر الأرض ، أو أقطعها ، فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها ، ويملكها بما فيها ، لأنه صار أحقّ به بتحجّره ، وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقّه .

وأما المعادن الجارية ، كالقار ، والنِّفط ، والماء ، فهل يملكها من ظهرت فى ملكه ؟ فيه روايتان .

أظهرهما : لايملكها ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « النَّاسُ شُرَكَاء فِى ثَلَاثٍ : فِى المَاءِ ، والكَلَإِ وَالنَّارِ » رواه الخلّال ، ولأنّها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز .

والثانية : يملكها ، لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع ، والمعادن الجامدة .

٤٢٨١ (فصـــــل)

ولو شرع إنسان فى حفر معدن ، ولم يصل إلى النَّيْلِ ، صار أحقّ به ، كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، فإذا وصل إلى النَّيل صار أحقّ بالأخذ منه ، ما دام مُقيماً على الأخذ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخرُ من ناحيةٍ أخرى لم يكن له منعهُ ، وإذا وصل إلى ذلك العِرْق لم يكن له

---

(١) جلسيها : نسبة إلى الجلس . بفتح الجيم وسكون اللام وهو الغليظ من الأرض ، وغوريها نسبة الى الغور بفتح الغين وسكون الواو وهو ما انخفض من الأرض ، أو مالان ورخو منها . والمعنى أنه أقطعه جميع أرض القبلية غليظها ورخوها والقبليه بكسر القاف وسكون الباء ، وبفتح القاف والباء ناحية من نواحى الفرع ، وهو بضم الفاء موضع من أضخم أعراض المدينة .

منعه ، سواء قلنا . إن المعدن يملك بحفره ، أو لم نقل ، لأنه إن ملكه فإنّما يملك المكان الذى حفره ، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك .

ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر فى ملكه معدن بحيث يخرج النَّيْلُ عن أرضه ، لحفر إنسان من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ، لأنه لم يملكه ، إنّما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحدٍ أن يأخذ ما كان داخلاً فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر فى دار الحرب معدناً ، فوصل إلى النَّيْلِ ، ثم فتحها المسلمون عَنْوةً لم تصر غنيمةً ، وكان وجود عمله ، وعدمه واحداً ، لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض كلّها تصير وقفاً للمسلمين ، وهذا ينصرف إلى مصلحةٍ من مصالحهم ، فتعيّن لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

٤٢٨٢ (فصــــل)

ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يُحدث فيه معدناً ظاهراً ، كوضع على شاطىء البحر ، إذا صار فيه ماء البحر صار ملحاً ، ملك بالإحياء ، وجاز للامام إقطاعه ، لأنه لا يضيّق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وإحياء هذا بتهيئته لما يصلُح له ، من حفر ترابه ، وتمهيده ، وفتح قناة إليه تصبّ الماء فيه ، لأنه يتهيّأ بهذا الانتفاع به .

٤٢٨٣ (فصــــل)

ومن ملك معدناً ، فعمل فيه غيرُه بغير إذنه ، فما حصل منه فهو لمالكه ، ولا أجر للغاصب على عمله ، لأنه عمل فى ملك غير بغير إذنه ، أشبه ما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه : اعمل فيه ، ولك مايخرج منه ، فله ذلك ، ولا شىء لصاحب المعدن فيه ، لأنه إباحة من مالكه ، فملك ما أخذه ، كما لو أباحه الأخذ من داره ، أو بستانه ، وإن قال : اعمل فيه على أن ما رزق الله من نَيْلٍ كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وما يأخذه يكون بينهما ، كما لو قال له : احصُد هذا الزرع بنصفه ، أو ثلثه ، ولأنّها عين تنمّى بالعمل عليها ، فصحّ العمل فيها ببعضه ، كالمضاربة فى الأثمان .

والثانى : لا يصحّ . لأن ما يحصُل منه مجهول ، ولأنه لا يصحّ أن يكون إجارةً لأن العوض مجهول ، والعمل مجهول ، ولا جَعالة ، لأن العوض مجهول ، ولا مضاربة ، لأن المضاربة إنما تصحّ بالأثمان ، على أن يرد رأس المال ، وتكون له حصّة من الربح ، وليس ذلك ههنا ، وفارق حصاد الزرع بنصفه ، أو جزء منه ، لأن الزرع معلوم بالمشاهدة ، وما علم جميعه علم جزؤه ، بخلاف هذا ، وإن قال : اعمل فيه كذا ، ولك ما يحصل منه ، بشرط أن تُعطينى ألفاً ، أو شيئاً معلوماً لم يصحّ . لأنه بيع لمجهول ، ولا يصحّ أن يكون

معاملةٌ ، كالمضاربة ، لما ذكرنا ، ولأن المضاربة تكون بجزء من النماء ، لا دراهمَ معلومةً ، قال أحمد : إذا أخذ معدناً من قوم على أن يَعْمُره ، ويعمل فيه ، ويعطيهم ألفي مَناً(١) ، وألفَ مَناً صُفْراً ، فذلك مكروه ، ولم يرخِّص فيه ، والله الموفق .

٤٢٨٤ (فصل)

إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دَوْرٍ(٢) كذا بدينار صحّ ، لأنها إجارة معلومة ، وإن ظهر عرق ذهب . فقال : استأجرتُك لتخرِّجه بدينار لم يصحّ ، لأن العمل مجهول ، وإن قال : إن استخرجته فلك دينار صحّ ، ويكون جَعالةً ، لأن الجعالة تصحّ على عمل مجهول ، إذا كان العوض معلوماً .

٤٢٨٥ (فصل)

ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر ، أو باطن فهو أحقّ بما ينال منه ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه بحيثُ يمنع غيره مُنع منه ، لأنه يضيِّق على الناس ، ما لا نفع فيه ، فأشبه ما لو وقف في مَشْرَعةِ الماء لغير حاجة ، وإن أطال المُقام ، والأخذ احتمل أن يُمنع ، لأنه يصير كالمتملِّك له ، واحتمل أن لا يُمنع لإطلاق الحديث ، وإن استبق إليه اثنان ، وضاق المكانُ عنهما أُقرِعَ بينهما ، لأنه لا مَزِيّة لأحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يُقَسَّم بينهما ، لأنه يمكن قسمته ، وقد تساويا فيه ، فيقتسم بينهما ، كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ، ولا بيّنة لأحدهما بها ، ويحتمل أن يقدّم الإمام من يرى منهما ، لأن له نظراً ، وذكر القاضي وجهاً رابعاً ، وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ، ويقسم بينهما ، وهذا التفصيل مذهب الشافعيّ .

٤٢٨٦ (فصل)

وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يُملك بالإحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى : إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ، لأن فيه ضرراً ، وهو أن الماء يرجع ، يعني أنه يرجع إلى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر ، فأضرّ بأهله ، ولأن الجزائر مَنبتُ الكلأ ، والحطب ، فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ حِمَى فِي الأَرَاكِ » وقال أحمد في رواية حرب : يروى عن عمر أنّه أباح الجزائر ، يعني أباح ما ينبُت في الجزائر من النبات ، وقال . إذا نضب الفُرات عن شيء ، ثم نبت فيه نبات ، فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك ، فأمّا إن غلب الماء على ملك إنسان ، ثم عاد فنضب عنه ، فله أخذه ، فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به

(١) المنا . كيل أو ميزان ، والصفر النحاس . (٢) الدور : الدائرة ، أي في دائرة قطرها كذا مثلا .

أحد ، فعمره رجل عمارةً لا تردّ الماء ، مثل أن يجعله مزرعةً ، فهو به حق من غيره ، لأنه متحجّر لما ليس لمسلم فيه حقّ ، فأشبه التحجّر فى الموات .

٤٢٨٧ (فصـــل)

وما كان من الشوارع ، والطرقات ، والرِّحاب بين العمران ، فليس لأحد إحياؤه ، سواء كان واسعاً أو ضيقا ، وسواء ضيّق على الناسّ أو لم يضيّق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون ، وتتعلّق به مصلحتهمّ ، فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعُود فى الواسع من ذلك ، للبيع ، والشراء ، على وجهٍ لا يضّيق على أحد ، ولا يضرّ بالمارّة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك ، من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار ، فلم يمنع منه ، كالاجتياز ، قال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوقِغُدوةً ، فهو له إلى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة ، فيما مضى ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مِنًى مُنَاخُ مَنْ سَبَقَ » وله أن يظلّل على نفسه بما لا ضرر فيه ، من باريّة[1] وتابوت ، وكِساء ، ونحوه ، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضّرة فيه ، وليس له البناء ، لادكّة ، ولا غيرها ، لأنه يضّيق على الناس ، ويعثر به المارّة ، بالليل ، والضرير فى الليل والنهار ، ويبقى على الدوام ، فربّما ادّعى ملكه بسبب ذلك ، والسابق أحقّ به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته ، لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت ، وإن قعد وأطال مُنع من ذلك ، ولأنه يصير كالمتملك ، ويختصّ بنفعٍ يُساويه غيره فى استحقاقه ، ويحتمل أن لا يُزال ، ولأنه سبق إلى مالم يَسبق إليه مُسلم ، وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يُقرَع بينهما ، واحتمل أن يقدّم الإمام من يرى منهما ، وإن كان الجالس يضيّق على المارّة لم يحلّ له الجلوس فيه ، ولا يحلّ للامام تمكينه بعوض ، ولا غيره ، قال أحمد : ما كان ينبغى لنا أن نشتريَ من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، قال القاضى : هذا محمول على أن الطريق ضّيق ، أو يكون يؤذى المارّة ، لما تقدّم ذكرنا له ، وقال: لا يعجبنى الطحنُ فى العروب، إذا كانت فى طريق الناس، وهى السّفن التى يُطحن فيها فى الماء الجارى ، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء ، قال أحمد : ربّما غَرقت السفن ، فأرى للرجل أن يتوقّى الشِّراء مما يُطحن بها .

٤٤٨٨ (فصل فى القطائع)

وهى ضربان :

أحدهما . إقطاع إرفاق ، وذلك إقطاع مقاعد السوق ، والطرق الواسعة ، ورحاب المساجد التى

---

(١) البارية : الحصير المنسوج .

ذكرنا : أنّ للسابق إليها الجلوس ، فللامام إقطاعها لمن يجلس فيها ، لأن له فى ذلك اجتهاداً من حيثُ إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضرّ بالمارّة ، فكان للامام أن يُجلس فيها من لا يرى أنه يتضرّر بجلوسه ، ولا يملكها المقطَع بذلك ، بل يكون أحقّ بالجلوس فيها ، من غيره ، بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع ، سواء ، إلا فى شىء واحد ، وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها ، لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ، ومقامه فيها ، فإذا انتقل عنها زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذى استحقّ به ، وهذا استحقّ باقطاع الإمام ، فلا يزول حقّه بنقل متاعه ، ولا يضرّه الجلوس فيه ، وحكمه فى التظليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ، ومنعه إذا قال مَقامه حكم السابق على ما أسلفناه .

الثانى : إقطاع موات من الأرض لمن يُحييها ، فيجوز ذلك ، لما رَوى وائل بن حُجْر « أنّ رَسُولَ الله صَلَى الله عليه وسلم أقطعهُ أرْضاً فَأَرسَلَ مُعَاوِيَةُ أنْ أعْطِهِ إيَّاهُ أَوْ أَعْلِمْهُ إيَّاهُ » حديث صحيح وأقطع بلالَ بن الحارث المزنىّ ، وأبيَض بن حَمّال المأربى ، وأقطع الزبير حُضْر[1] فَرَسِه ، فأَجْرَى فَرَسَهُ حَتَّى قَامَ ، ورَمَى بِسَوْطِه ، فقال : « أعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » رواه سعيد ، وأبو داود ، وذكر البخارىّ عن أنس قال : دَعَا رَسُولُ الله صَلَى الله عليه وسلّم الأنصارَ لِيُقْطِعَ لَهُمْ بِالْبَحْرَيْنِ ، فقالوا : يا رَسُولَ اللهِ : إنْ فَعَلْتَ فا كْتُبْ لإخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا ، وروى أنّ أبا بكر أقطع طَلْحَةَ بن عُبَيْدِ الله أرضاً ، وأن عثمان أقطع خمسة من أصحاب النبىّ صلّى الله عليه وسلم : الزبير ، وسعداً ، وابنَ مسعود ، وأسامةَ بن زيد ، وخَبّاب بن الأرتّ .

ويروى عن نافع أبى عبد الله أنه قال لعمر : إن قِبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرض الخَراجِ ، ولا تضرّ بأحدٍ من المسلمين ، فإن رأيتَ أن تُقطِعَنيها أتّخِذُ فيها قصيلاً[2] لِخَيْلِى ، فافْعَلْ ، قال : فكتب عمر إلى أبى موسى : إن كانت كما يقول ، فاقطعها إيّاه ، روى هذه الآثار كلّها أبو عُبَيدَ فى الأموال .

وروى سعيد ، عن سفيان ، عن أبى نَجِيح ، عن عمرو بن شُعيب : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أقطعَ ناساً من جُهَيْنَةَ أو مُزَينةَ أرضاً .

إذا ثبت هذا : فإنّ من أقطعه الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك ، لكن يصير أحقّ به كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث ، حيثُ استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذى أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو ملكه لم يجز استرجاعه ، وردّ عمر

(١) حضر فرسه : بضم الحاء وسكون الضاء جرية سريعة لفرسه .
(٢) القصيل : النبات الذى لا ثمر فيه كأعواد الذرة قبل أن ينبت فيها الحب .

أيضاً قطيعةَ أبي بكر لعُيَيْنةَ بنِ حِصْن ، فسأل عُيَيْنَةُ أبا بكر أن يجدّد له كتاباً ، فقال : والله لا أجدّد شيئاً ردّه عمر ، رواه أبو عُبَيد ، لكن المُقطَع يصير أحقّ به من سائر الناس ، وأولى بإحيائه ، فإن أحياه ، وإلا قال له السلطان : إن أحييته ، وإلاّ فارفع يدَك عنه ، كما قال عمر لبلال بن الحارث المزنيّ : إنّ رَسولَ الله صلى الله عليه وسلم لم يُقْطِعْكَ لِتحْجُبَهُ دُونَ النَّاسِ ، وَإنَّما أَقْطَعكَ لِتَعْمُر ، فَخُذْ مِنْهَا ما قَدَرْتَ عَلَى عِمارَتِهِ وَرُدَّ البَاقِي ، وإن طلب المهلة لعذر أُمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يُمهَل ، على ما ذكرنا في المتحجر ، وإن سبق غيره ، فأحياه قبل أن يقال له شيء أوفى مدّة المهلة ، فهل يملكه ؟ على وجهين .

وقد رُوي عن عمرو بن شعيب : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جُهَيْنة أومُزَيْنة أرضاً ، فعطّلوها ، فجاء قوم فأحيَوْها فخاصمهم الذين أقطعهم رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم إلى عمر رضي الله عنه ، فقال عمر : لو كانت قطيعة منّي أو من أبي بكر لم أردّها ، ولكنها قطيعةٌ من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنا أردُّها ، فدلّ هذا على أنها إذا كانت قطيعةً من غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهي لمن أحياها .

والثاني : لا يملكه . لأنه تعلّق به حقُّ المقطَع ، ومفهوم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً في غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فهيَ لَهُ » أنه إذا تعلّق بها حقُّ مسلم لم يجُز إحياؤها ، وقد ذكرنا الوجهين في المتحجّر ، وهذا مثله ، ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل كنحو ما ذكرنا .

٤٢٨٩ (فصـــل)

وليس للامام إقطاع مالا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لما استقطعه أبيضُ بنُ حمّال الملح الذي بمأرب ، فقيل : يا رسول الله إنما أقطعته الماء العِدّ ، فارْتَجَعَهُ منه ، ولأنّ في ذلك تضييقاً على المسلمين ، وفي إقطاع المعادن الباطنة وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

٤٢٩٠ (فصـــل)

ولا ينبغي أن يُقطع الإمام أحداً من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه ، لأن في إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس في حقّ مشترك بينهم ، بما لا فائدة فيه ، فإن فعل ، ثم تبيّن عجزه عن إحيائه استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إيّاه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٤٢٩١ (فصـــل في الحمى)

ومعناه أن يَحْمِيَ أرضاً من الموات يمنع النـاسَ رَعْيَ ما فيها من الكلأ ، ليختصَّ بها دونهم ،

وكانت العربُ فى الجاهليّة تعرف ذلك ، فكان منهم من اذا انتجع بلداً ، أو فى بكلب على نَشزٍ ، ثم استعواه ، ووقف له من كلّ ناحية من يَسمَعُ صوته بالعُواء ، فحيثما انتهى صوتُه حماه من كلّ ناحية لنفسه ، ويرعى مع العامّة فيما سواه فنهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عنه ، لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشىء لهم فيه حقّ .

وروى الصَّعْبُ بنُ جَثّامةَ قال : سمعتُ رسولَ اللهِ صلّى الله عليه وسلّم يقول : « لاَ حِمَى إلاّ لِلّهِ ولِرَسُولِه» رواه أبو داود ، وقال: « النَّاسُ شُرَكَاء فِي ثَلاَثٍ : فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلأ » رواه الخلاّل . وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمِىَ ، لما ذكرنا من الخبر ، والمعنى ، فأما النبىّ صلّى الله عليه وسلم فقد كان له أن يحمى لنفسه ، وللمسلمين ، لقوله فى الخبر « لاَ حِمىَ إلاّ لِلّهِ وَلِرَسُولِهِ » لكنّه لم يحمِ لنفسه شيئاً، وإنما حَمَى للمسلمين ، فقد روى ابن عمر قال « حَمَى النَّبِىُّ صلّى الله عليه وسلّم النَّقِيعَ [1] لِخَيْلِ الْمُسْلِمِينَ » رواه أبو عبيد ، والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثُر فيه الخصب ، لمكان ما يصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحمُوا لأنفسهم شيئاً ، ولكن لهم أن يحموا مواضعَ لترعى فيها خيلُ المجاهدين [2] ، ونَعَمُ الجِزْيَةِ ، وإبلُ الصَّدقة ، وضَوَالُّ النّاسِ [3] التى يقوم الإمام بحفظها ، وماشيةُ الضعيف من الناس ، على وجهٍ لا يستضرّ به مَنْ سواه من الناس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ فى صحيح قوليه ، وقال فى الآخر : ليس لغير النبىّ صلّى الله عليه وسلم أن يحمىَ ، لقوله «لاَ حِمَى إلاّ لِلّهِ وَلِرَسُولِه » .

ولنا أن عمر ، وعثمان ، حميا ، واشتهر ذلك فى الصحابة ، فلم يُنكَر عليهما ، فكان إجماعاً ، وروَى أبو عُبَيد باسناده ، عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه ، قال : أتى أعرابىّ عمر ، فقال : ياأمير المؤمنين ، بلادُنا قاتلنا عليها فى الجاهلية ، وأسلمنا عليها فى الإسلام ، علام تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفُخ ، ويفتِلُ شاربَه — وكان إذا كربَهُ أمر فتل شاربه ، ونفخ — فلمّا رأى الأعرابىُ ما به جعل يردّد ذلك ، فقال عمر : المالُ مالُ الله ، والعبادُ عبادُ الله ، واللهِ لولا ما أحملُ عليه فى سبيل الله ما حميتُ شبْراً من الأرض ، فى شبر ، وقال مالك : بلغنى أنه كان يحملُ فى كلّ عام على أربعين ألفاً من الظَّهْرِ ، وعن أسلم قال : سمعتُ عمر يقول لهُنَىّ حين استعمله على حِمَى الرَّبَذَة : يا هُنَىّ اضمُمْ جناحَكَ عن الناس ،

---

(١) النقيع : يطلق النقيع على الماء العذب البارد ، وعلى ما ينقع فى الماء من الدواء أو النبيذ ، وعلى البئر الكثيرة الماء ، والمراد هنا ما ذكره الشارح ، وهو أرض واسعة خصبة لترسب الماء فيها .

(٢) كما حمى عمر رضى الله عنه نقيع الخضمات وهو موضع على ليلتين من المدينة .

(٣) ضوال الناس : جمع ضالة : أى الدواب التى تضل وتضيع من أصحابها .

واتقِ دعوةَ المظلوم ، فإنّها مُجابَةٌ . وأدخل رَبَّ الصَّرِيمة ، والغَنِيمَة ، ودعنى من نَعم ابن عوف ، ونعم ابن عَفّان ، فانّهما إن هلكت ما شيتُهما رجعا إلى نخل ، وزرع ، وإنّ هذا المسكين إن هلكت ماشيتُه جاء يصرُخ : يا أمير المؤمنين ، فالكلأُ أهونُ علىّ أم غُرْمُ الذّهبِ ، والوَرِق ، ؟ إنها أرضهُم قاتلوا عليها فى الجاهليّة ، وأسلموا عليها فى الإسلام ، وإنهم ليرون أنّا نظلمُهم ، ولولا النَّعَمُ التى يُحْمَلُ عليها فى سبيل الله ما حَمَيْتُ على الناس من بلادهم شيئاً أبداً ، وهذا إجماع منهم ، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمّة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « مَا أَطْعَمَ اللهُ لِنَبِىٍّ طُعْمَةً إلاَّ جَعَلَهَا طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ » وأما الخبر فمخصوص ، وأما حماه لنفسه فيفارق حِمَى النبىِّ صلّى الله عليه وسلم لنفسه ، لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وماله كان يردّه فى المسلمين ، ففارق الأئمة فى ذلك ، وساوَوْهُ فيما كان صلاحاً للمسلمين ، وليس لهم أن يحمُوا إلا قدراً لا يضيّق به على المسلمين ، ويضرّ بهم ، لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة ، لما يحمى ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس .

٤٢٩٢ (فصــل)

وما حماه النبىّ صلى الله عليه وسلم فليس لأحد نقضُه ، ولا تغييره ، مع بقاء الحاجة إليه ، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه ، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان ، وما حماه غيرُه من الأئمة فغيرَّه هو أو غيره من الأئمة جاز ، وإن أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين ، لأن حمى الأئمة اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نصّ ، والنصّ يقدّم على الاجتهاد .

والوجه الآخر لايملكه ، لإن اجتهاد الإمام لايجوز نقضه ، كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعىّ فى هذا على نحو ما قلنا ، والله أعلم .

٤٢٩٣ (فصــــل فى أحكام المياه)

قد ذكرنا فى البيع حكم ملكها ، وبيعها ، ونذكر ههنا حكم السقى بها ، فنقول :

لا يخلو الماء من حالين . إمّا أن يكون جارياً أو واقفاً ، فإن كان جارياً فهو ضربان :

أحدهما : أن يكون فى نهر غير مملوك ، وهو قسمان :

أحدهما : أن يكون نهراً عظيماً ، كالنيل ، والفرات ، ودِجْلة ، وما أشبهها من الأنهار العظيمة ، التى لا يستقرّ أحد بسقيه منها ، فهذا لا تزاحُم فيه ، ولكلّ أحد أن يسقى منها ما شاء ، متى شاء ، كيف شاء .

القسم الثانى : أن يكون نهراً صغيراً ، يزدحمُ الناس فيه ، ويتشاحُّون فى مائه ، أو سيلا يتشاحّ فيه

أهلُ الأرض الشاربة منه ، فإنه يُبدأ بمن فى أول النهر ، فيَسقى ، ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ، ثم يُرسل إلى الذى يليه ، فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلّها ، فإن لم يفضُل عن الأول شيء ، أو عن الثانى ، أو عمّن يليهم ، فلا شيء للباقين ، لأنه ليس لهم إلا مافضل ، فهم كالعَصَبة فى الميراث ، وهذا قول فقهاء المدينة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

والأصل فى هذا ما رَوى عبد الله بن الزبير : أنّ رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شِرَاج[1] الحرّة التى يَسْقُونَ بها إلى النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، فقال صلّى الله عليه وسلم : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمّ أَرْسِلْ الماء إِلَى جَارِكَ » فغضب الأنصارىّ ، وقال : يا رسول الله ، أَنْ كان[2] ابنَ عَمَّتِكَ ؟ فتلَوَّنَ وجهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : « يَا زُبَيْر ، اسْقِ ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ[3] » قال الزبير : فوالله إنّى لأحسَبُ هذه الآية نزلت فيه (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)[4] متفق عليه ، ورواه مالك فى مُوَطّئه ، عن الزهرىّ ، عن عُروة ، عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزّاق ، عن مَعْمَر ، عن الزهرىّ ، قال : نظرنا فى قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « ثُمّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتّى يَبْلُغَ إلى الْجَدْرِ » فكان ذلك إلى الكعبين ، قال أبو عُبَيْد : الشِّراج جمعُ شَرْجٍ ، والشَّرْج نَهْر صغير ، والحَرّةُ أرضٌ مُلْتَبِسَةٌ بحِجَارةٍ سُودٍ ، والجَدْرُ الجِدَارِ ، وإنما أمر النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ، ثم يُرسل الماء تسهيلاً على غيره ، فلمّا قال الأنصارىّ ماقال استوعى[5] النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزبير حَقّه .

وروى مالك فى الموطّأ أيضاً ، عن عبد الله بن أبى بكر ، بن حَزم ، أنه بلغه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سَيْلِ مَهزوزٍ وَمُذَيْنِيبٍ : يُمْسِكُ حتّى الكعبين ، ثم يُرسل الأعلى على الأسفل . قال ابنُ عبد البرّ . هذا حديث مَدَنِىٌّ مشهور عند أهل المدينة ، معمول به عندهم . قال عبد الملك بن حبيب : مهزوز ، ومُذَيْنيب ، واديان من أودية المدينة ، يسيلان بالمطر ، وتتنافسُ أهل الحوائط[6] فى سَيْلهما .

---

(١) شراج : جمع شرج بفتح الشين وسكون الراء ، وهو مسيل الماء من الحرة الى السهل . والحرة الأرض المرتفعة : ويجمع على شروج . أيضا .

(٢) أن كان . معناها لأن كان ، وفيها معنى التعليل ، أى حكمت له لأن كان ابن عمتك .

(٣) الجدر : بفتح الجيم وسكون الدال الحائط (الجدار) .

(٤) بعض الآية ٦٥ من سورة النساء .

(٥) استوعى : وفاه حقه ، ماخوذ من الوعاء الذى يملأ كاملا ، يقال أوعى بمعنى ملأ الوعاء ، كما فى قوله تعالى (جمع فأوعى) يعنى استوعب .

(٦) الحوائط : البساتين .

وروى أبو داود بإسناده ، عن ثعلبة بن أبى مالك : أنه سمع كبراءهم يذكرون : أن رجلاً من قُريش كان له سهم فى بنى قُرَيظة ، فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سَيْلِ مهزوز ، والسيل الذى يقتسمون ماءه ، فقضى بينهم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين ، لا يَحْبِس الأعلى على الأسفل ، ولأن مَنْ أرضُه قريبة من فوّهة النهر أسبقُ إلى الماء ، فكان أولى به ، كمن سبق إلى المَشْرَعة[1] .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفةً ، منها مستعليةٌ ، ومنها مُسْتَفِلةٌ سقى كلّ واحدة منهما على حدتها ، وإن استوى اثنان فى القُرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ، إن أمكن ، وإن لم يمكن أُقرِع بينهما ، فقدّم من تقع له القرعة ، فإن كان الماء لا يفضُل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقّه من الماء ، ثم تركه للآخر ، وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لأن الآخر يُساويه فى استحقاق الماء ، وإنّما القرعة للتقديم فى استيفاء الحقّ ، لا فى أصل الحقّ ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنّه ليس للأسفل حقّ إلا فيما فضل عن الأعلى ، فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسّم الماء بينهما على قدر الأرض ، لأن الزائد من أرض أحدهما مُساوٍ فى القرب ، فاستحقّ جزءاً من الماء ، كما لو كان لشخص ثالث .

وإن كان لجماعة رسم شِرْبٍ من نهر غير مملوك ، أو سيل ، وجاء إنسان ليُحيِيَ مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم ، لأنهم أسبقُ إلى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ، ومرافقها ، ولا يملك غيره ، إبطال حقوقها ، وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس لهم منعه ، لأن حقهم فى النهر لا فى الموات .

والثانى : لهم منعه ، لئلاً يصير ذلك ذريعةً إلى منعهم حقهم من السقى ، لتقديمه عليهم بالقرب ، إذا طال الزمان ، وجُهل الحال ، فإذا قلنا : ليس لهم منعه ، فسبق إنسان إلى مسيل ماء ، أو نهر غير مملوك ، فأحيا فى أسفله مواتاً ، ثم أحيا آخر فوقه ، ثم أحيا ثالث فوق الثانى ، كان للأسفل السقى أولاً ، ثم الثانى ، ثم الثالث ، ويقدّم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر ، لما ذكرنا .

٤٢٩٤ (فصل)

الضرب الثانى الماء الجارى فى نهر مملوك وهو أيضاً قسمان .

أحدهما : أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتّصل بنهر كبير مباح ، فما لم يتّصل الحفر لا يملكه ، وإنّما هو تحجّر ، وشروع فى الإحياء ، فإذا اتّصل الحفر كمل الإحياء ، وملكه ، لأن الملك بالإحياء أن تنتهى العمارة إلى قصدها ، بحيث يتكرّر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك ،

(١) المشرعة : مكان ورود الماء والشرب منه .

وسواء أجْرى فيه الماء ، أو لم يُجرِه ، لأن الإحياء يحصُل بأن يُهيِّئه للانتفاع به ، دون حصول المنفعة ، فيصير مالـكاً لقرار النهر ، وحافتيه ، وهواؤه حقّ له ، وكذلك حريمه ، وهو مُلْقَى الطِّين من كلِّ جانب ، وعند القاضي : أن ذلك غيرُ مملوك لصاحب النهر ، وإنّما هو حقّ من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعيّ .

وظاهر قول الخِرَقيّ أنه مملوك لصاحبه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَمْ تُمْلَكْ فَهِيَ لَهُ » وإحياؤها أن يُحَوِّط عليهـا حائطاً ، أو يحفِر فيها بئراً ، فيـكون له خمسٌ وعشرون ذراعاً حواليها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك .

فإذا تقرّر هذا فـكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل ، والنفقة ؛ لأنه إنّما مُلك بالعمارة ، والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهايأة[1] أو غيرها ، جاز ، لأنه حقّهم ، لايخرج عنهم ، وإن تشاحّوا في قسمته قسّمه الحاكم بينهم ، على قدر أملاكهم ، لأن كلّ واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبةٌ صُلبة ، أو حجر مستوى الطرفين ، والوسط ، فيوضع على موضع مستوٍ من الأرض ، في مقدّم الماء ، فيه حُزوز ، أو ثقوب متساوية في السعة ، على قدر حقوقهم ، يخرج من كلّ جزء ، أو ثقب إلى ساقية مفرَدَةٍ لـكلّ واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسّم على قدر ذلك .

فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر سدسه ، جُعل فيه ستة ثقوب ، لصاحب النصف ثلاثة ، تَصُبُّ في ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد ، وإن كان لواحد الخمسان ، والباقي لاثنين ، يتساويان فيه ، جُعل عَشَرة ثقوب ، لصاحب الُخمسَيْن أربعة ، تصُبّ في ساقيته ، ولـكلّ واحد من الآخرين ثلاثة تصُبّ في ساقيةٍ له ، فإن كان النهر لعشرة ، لخمسة منهم أراض قريبـة من أول النهر ، ولخمسة أراض بعيدة جُعل لأصحاب القريبة خمسة ثقوب ، لـكلّ واحد ثقب ، وجُـعل للباقين خمسة تجرى في النهر ، حتّى تصل إلى أرضهم ، ثم تقسّم بينهم قسمةً أخرى ، وإن أراد أحدهم أن يُجرى ماءه في ساقيةِ غيره ، ليقاسمه في موضعٍ آخر لم يجز ، إلا برضاه ، لأنّه يتصرّف في ساقيته ، ويخرّب حافتها بغير إذنه ، ويخلط حقه بحقّ غيره ، على وجهٍ لايتميز ، فلم يجز ذلك ، ويجيء على قولنا : أن الماء لا يملك أنّ حكم الماء في هذا النهر حكمه في نهرٍ غير مملوك ، وأن الأسبق أحَقُّ بالسقى منه . ثم الذى يليه على ماذكرنا ، لأنه غير مملوك ، فكان الأسبقُ إليه أحقّ به . كما لو كان في نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعيّ في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، والله أعلم .

---

(١) المهايأة : أن يكون لـكل شخص أو جماعة يوم أو أيام وللآخر أو الآخرين مثله أو مثلهم .

٤٢٩٥ (فصــــل)

وإذا حصل نصيب إنسان فى ساقية . فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لهـا رسم شِرْبٍ من هذا النهر . أو لم يكن ، وله أن يُعطيه مَن يسقى به ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعىّ : ليس له سقى أرض ليس لها رسم شِرْب فى هذا الماء . لأن ذلك دالّ على أنّ لها قسماً من هذا الماء ، فربّما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك ، فيستضرّ الشركاء ، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لاينفذ ، ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى . فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى . لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه استطراقاً من كلّ واحدةٍ من الدارين .

ولنا : أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فكان له أن يسقىَ منه ما شاء ، كما لو انفرد به من أصله . ولا نسلّم ما ذكروه فى الدارين ، وإن سلّمنا فالفرق بينهما أنّ كلّ دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك ، لأن الظاهر أن لـكلّ دار سُـكاناً ، فيجعل لسكّان كلّ واحدة منهما استطراقاً إلى درب غير نافذ ، لم يكن لهم حقّ فى استطراقه . وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة ، التى لا يُشاركه غيره فيها .

فلو صار لتلك الأرض رسم من الشُّرب من ساقيته ، لم يتضرّر بذلك أحد ، ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب ، فأحبّ أن يسقى بذلك الماء أرضاً لا رسم لها فى الشُّرب من ذلك النهر ، فالحـكم فى ذلك على ما ذكرنا من الخلاف فى التى قبلها ، وإن كان الدولاب يَغرف من نهرٍ غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من المـاء أرضاً لا رسم لها فى الشرب منه ، بغير خلاف نعلمه ، فإن ضاق المـاء قدّم الأسبق ، فالأسبق ، على ما مضى .

٤٢٩٦ (فصــــل)

ولـكل واحد منهم أن يتصرّف فى ساقيته المختصّة به بما أحبّ ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عملِ رحًى عليها ، أو دولاب ، أو عِبارة ، وهى خشبةٌ تمدّ على طرفى النهر ، أو قنطرةٍ يعبُر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرّفات . لأنها ملـكه لا حقّ لغيره فيها ، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرّف فيه بشىء من ذلك ، لأنه يتصرّف فى النهر المشترك ، وفى حريمه بغير إذن شركائه ، وقال القاضى فى العبّارة : هذا ينبنى على الروايتين : فيمن أراد أن يُجرى ماءه فى أرض غيره ، والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصحّ قياس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره ، لأن إجراء الماء فى أرض ينفعُ صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ، ويشربه أولاً ، وآخراً . وهذا لا ينفع النهر ، بل ربما أفسد حافتيه ، ولم يسق له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قَسْمِه شيئاً ، يسقى به أرضاً فى أول النهر ، أو غيره ، أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز ، لأنهم صاروا أحقّ بالماء الجارى فى نهرهم من غيرهم ، ولأن الأخذ من الماء ربّما احتاج إلى تصرّف

فى حافة النهر المملوك لغيره ، أو المشترك بينه ، وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح ، كالطائر يعشّش فى ملك إنسان ، وهذا كلّه مذهبُ الشافعىّ فيه نحوُ مما ذكرنا .

٤٢٩٧ (فصــــل)

وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز ، إذا تراضوا به ، وكان حقّ كلّ واحد منهم معلوماً ، مثل أن يجعلوا لكلّ حصّة يوماً ، وليلةً ، أو أكثر من ذلك ، أو أقلّ ، وإن قسّموا النهار فجعلو لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، وللاخر من الزوال إلى الغروب ، ونحو ذلك جاز ، وإن قسّموه ساعاتٍ ، وأمكن ضبطُ ذلك بشىء معلوم ، كطاسةٍ مثقوبة ، تُترك فى الماء ، وفيها علاماتٌ إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعةً ، وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين ، أو زجاجةٍ فيها رمل ، ينزل من أعلاها إلى أسفلها فى ساعةٍ ، أو ساعتين ، ثم يقلبها ، فيعود الرمل إلى الموضع الذى كان فيه فى مثل ذلك المقدار ، أو بميزان الشمس الذى تعرف به ساعات النهار ، أو بمنازل القمر فى الليل ، ونحو ذلك ، جاز[1] ، فإذا حصل الماء لأحدهم فى نوبته ، فأراد أن يسقى به أرضاً ليس لها رسم شُرب من هـذا أو يُؤثر به إنساناً ، أو يُقرضه إيّاه على وجهٍ لا يتصرّف فى حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضى ، وأصحاب الشافعىّ ينبغى أن لا يجوز ، لما تقدّم فى مثل ذلك .

وإن أراد صاحب النوبة أن يُجرى مع مائه ماء له آخر ، يسقى به أرضه التى لهـا رسم شُرب من هذا النهر ، أو أرضاً له أخرى ، أو سأله إنسان أن يُجرى ماء له مع مائه فى هـذا النهر ، ليقاسمه إيّاه فى موضع آخر ، على وجه لا يضرّ بالنهر ، ولا بأحدٍ جاز ذلك ، فى قياس قول أصحابنا ، فإنّهم قالوا فيمن استأجر أرضاً : جاز أن يُجرى فيها ماءً فى نهر محفورٍ ، إذا كان فيها ، ولأنه مستحقّ لنفع النهر فى نوبته ، بإجراء الماء ، فأشبه ما لو استأجرها لذلك .

٤٢٩٨ (فصــــل)

القسم الثانى : أن يكون منبع الماء مملوكاً ، مثل أن يشترك جماعة فى استنباط عين ، وإجرائها ، فإنهم يملكونها أيضاً ، لأن ذلك إحياء لها ، ويشتركون فيها ، وفى ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها ، وعملوا فيها ، كما ذكرنا فى القسم الذى قبل هذا ، إلا أن المـاء غير مملوك ، ثمّ لأنه مباح ، دخل ملكه ، فأشبه ما لو دخل صيد بستانه ، وههنا يخرّج على روايتين : أصحهما أنه غير مملوك أيضاً ، وقد ذكرنا ذلك .

---

(٢) يظهر أن ذلك كان قبل وجود الساعات الزمنية الموجودة عندنا الآن ، أو لأن معظم الناس فى هذا الزمان لم يكونوا يستعملون الساعات التى بأيدينا الآن .

وعلى كلّ حال فلكلّ أحد أن يستقى من الماء الجارى لشربه ، ووضوئه ، وغُسله ، وغَسل ثيابه ، وينتفع به فى أشباه ذلك ، مما لا يؤثر فيه من غير إذنه ، إذا لم يدخل إليه فى مكان مُحوّط عليه ، ولا يحلّ لصاحبه المنع من ذلك ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ : رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنَ السَّبِيلِ » رواه البخارىّ ، وعن بُهَيَّةَ ، عن أبيها : أنه قال : يا نبىّ الله ، ما الشىء الذى لا يَحِلُّ منعُه ؟ قال « الماء » قال : يا نبىّ الله ، ما الشىء الذى لا يحلّ منعُه ؟ قال « المِلْحُ » قال : يانبىّ الله ، ما الشىء الذى لا يحلّ منعهُ ؟ قال « أَنْ تَفْعَلَ الْخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثّر فى العادة ، وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما ما يؤثر فيه ، كسقى الماشية الكثيرة ، ونحو ذلك ، فإن فضل الماء عن حاجةِ صاحبه لزمه بذله لذلك ، وإن لم يفضُل لم يلزمه ، وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع .

٤٢٩٩ (فصـــل)

إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة ، فإن أرادوا إكراءه ، أو سدّ بثقٍ فيه ، أو إصلاح حائطه ، أو شىء منه ، كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكلّ فى إكرائه ، وإصلاحه ، إلى أن يصلوا إلى الأول ، ثم لا شىء على الأول ، ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثانى ثم يشترك مَنْ بعده كذلك ، كلّما انتهى العملُ إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شىء ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى ذلك عن أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يشترك جميعهم فى إكرائه كلّه ، لأنهم ينتفعون بجميعه ، فإنّ ما جاوز الأول مصبٌّ لمائه ، وإن لم يسبق أرضَهُ .

ولنا : أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه ، وما بعده إنّما يختصّ بالانتفاع به من دونه ، فلا يشاركهم فى مؤنته ، كما لا يشاركهم فى نفعه ، فإن كان يفضُل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف ، فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم ، لأنهم يشتركون فى الحاجة اليه ، والانتفاع به ، فكانت مؤنته عليهم كلّهم ، كأوله .

٤٣٠٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإحياء الأرض أن يحوّط عليها حائطاً ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقى : أن تحويط الأرض احياءٌ لها ، سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرةً للغنم ، أو الخشب ، أو غير ذلك ، ونصّ عليه أحمد فى رواية علىّ بن سعيد ، فقال : الإحياء أن يُحوِّط عليها حائطاً ، ويحفر فيها بئراً ، أو نهراً ، ولا يُعتبر فى ذلك تسقيف ، وذلك لما روى الحسن ، عن سَمُرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ » رواه أبو داود ، والإمام أحمد فى مسنده ، ويُروى عن جابر ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم مثلُه ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان

إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرةً للغنم ، ويبيّن هذا أن القصد لا اعتبار به ، بدليل ما لو أرادها حظيرةً للغنم ، فبناها بجصٍّ ، وآجُرٍّ ، وقسّمها بُيوتاً ، فإنه يملكها ، وهذا لا يصنع للغنم مثله .

ولا بد أن يكون الحائط منيعاً ، يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البُلدان ، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها ، كأهل حَوْران ، وفِلَسْطينَ ، أو بالطين ، كالقطائر لأهل غُوطَةِ دِمَشق ، أو بالخشب ، أو بالقصب ، كأهل الغَوْر ، كان ذلك إحياء ، وإن بناه بأرفعَ مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي : في صفة الإحياء روايتان :

إحداهما : ما ذكرنا .

والثانية : الإحياء ما تعارفه الناس إحياء . لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ، ولم يبيّنه ، ولا ذكر كيفيّته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياءً في العرف ، كما أنه لمّا ورد باعتبار القبض ، والحرز ، ولم يبيّن كيفيّته كان المرجع فيه إلى العُرف ، ولأن الشارع لو علّق الحكم على مسمًّى باسمٍ لتعلّق بمسمّاه عند أهل اللسان ، فكذلك يتعلّق الحكم بالمسمَّى إحياء عند أهل العرف ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلّم لا يعلّق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلمّا لم يبيّنه تعيّن العرف طريقاً لمعرفته ، إذ ليس له طريقٌ سواه .

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تُحيَى داراً للسكنَى ، وحظيرةً ، ومزرعةً ، فإحياء كلّ واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له . فأما الدار ، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ، وتسقيفها . لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها ، وليس من شرطها التسقيف ، لأن العادة ذلك من غير تسقيف ، وسواء أرادها حظيرةً للماشية ، أو للخشب ، أو للحطب ، أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياءً . لأنه ليس بحائط ولا عمارةٍ إنّما هو حفر ، وتخريب ، وإن حاطها بشوك ، وشبهه ، لم يكن إحياءً ، وكان تحجّراً . لأن المسافر قد ينزل منزلاً ، ويحوّط على رحله بنحوٍ من ذلك ، ولو نزل منزلاً ، فنصب به بيت شَعْرٍ ، أو خيمةً ، لم يكن إحياءً .

وإن أرادها للزراعة ، فبأن يُهيئها لإمكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء ، فبأن يسوق إليها ماءً من نهر ، أو بئر ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها ، كأرض الحجاز ، فبأن يقلع أحجارها ، وينقّيها ، حتى تصلح للزرع .

وإن كانت غياضاً ، وأشجاراً ، كأرض الشعرى[1] فبأن يقلع أشجارها ، ويُزيل عروقها التى تمنع

---

(١) الشعرى . جبل عند حرة بنى سليم .

الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنها ، كأرض البطائح التى يُفسدها غَرقُها بالماء ، لكثرته ، فإحياؤها بسدّ الماء عنها ، وجعلها بحالٍ يمكن زرعها . لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك ، فى كلّ عام ، فكان إحياءً ، كسَوْق الماء إلى الأرض التى لا ماء لها .

ولا يُعتبر فى إحياء الأرض حَرْثها ، ولا زرعها ، لأن ذلك مما يتكرّر ، كلّما أراد الانتفاع بها ، فلم يُعتبر فى الإحياء ، كسقيها ، وكالسكنى فى البيوت ، ولا يحصُل الإحياء بذلك إذا فعله لمجرّده لما ذكرنا ، ولا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ، وبهذا قال الشافعىّ ، فيما ذكرنا فى الرواية الثانية . إلا أنّ له وجهاً فى أن حرثها ، وزرعها إحياء لها ، وأن ذلك مُعتبر فى إحيائها ، ولا يتمّ بدونه ، وكذلك نصب الأبواب على البيوت . لأنه ممّا جرت العادة به ، فأشبه التسقيف ، ولا يصحّ هذا ، لما ذكرنا ، ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب ، فأشبه تطيين سطوحها ، وتبييضها .

٤٣٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليها ، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً ﴾ .

البئر العاديّة بتشديد الياء ، القديمة ، منسوبةٌ إلى عادٍ ، ولم يُرد عاداً بعينها ، لكن لمّا كانت عادٌ فى الزمن الأول ، وكانت لها آثارٌ فى الأرض نُسِب إليها كلُّ قديم ، فكلّ من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها ، خمس وعشرون ذراعاً من كلّ جانب ، ومن سبق إلى بئر عاديّةٍ كان أحقّ بها ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ ، وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ » نصّ أحمد على هذا فى رواية حرب ، وعبد الله ، واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه فى ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقدر مدّ الثور أو غيره ، وإن كان بساقيه فبقدر طول البئر ، لما رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبِئْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » أخرجه ابن ماجه . ولأنه المكان الذى تمشى إليه البهيمة ، وإن كان يستقى منها بيده فبقدْر ما يحتاج إليه الواقف عندها ، وإن كان المستخرَج عيناً فحريمها القدر الذى يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها ، ولا يستضرّ بأخذه منها ، ولو على ألف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته ، بحكم العرف فى ذلك . لأن هذا إنما ثبت للحاجة ، فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع .

لأن أبا هريرة روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِراعاً ، لأَعْطَانِ الإِبِلِ وَالْغَنَمِ » وعن الشعبيّ مثله ، رواه أبو عُبَيد .

ولنا : ما روى الدارقطنيّ ، والخلاّل بإسنادهما ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال : حَرِيمُ الْبِئْرِ الْبَدِيِّ[1] خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعاً ، وحَرِيمُ الْبِئْرِ الْعَادِيِّ خَمْسُونَ ذِرَاعاً » وهذا نصّ. وروى أبو عُبَيد بإسناده ، عن يحيى بن سعيد الأنصاريّ أنه قال : السنّة في حريم القليب العاديّ خمسون ذراعاً ، والبَدِيّ خمس وعِشرُونَ ذراعاً ، وبإسناده عن سعيد بن المسيّب قال : حريم البئر البَدِيّ خمس وعشرون ذراعاً ، من نواحيها ، كلّها ، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، من نواحيها كلّها ، وحريم البئر العاديّة خمسون ذراعاً ، من نواحيها كلّها . ولأنه معنى يُملك به الموات ، فلا يقف على قدر الحاجة ، كالحائط ، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء ، فإنه يحتاج إلى ما حولها عَطَناً لإبله ، وموقفاً لدوابّه ، وغنمه ، وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقى منها ماشيته ، وموقفاً لدابّته التي يستقي عليها ، وأشباه ذلك ، فلا يختصّ الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصحّ منه ، ورواهما أبو هريرة ، فيدلّ على ضعفه .

إذا ثبت هذا : فظاهر كلام الخِرَقيّ أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر ، وعند الشافعيّ ، والقاضي ليس بمملوك ، وقد سبق ذكر هذا .

٤٣٠٢ (فصـــــل)

ولابدّ أن يكون البئر فيها ماء ، وإن لم يصل إلى الماء ، فهو كالمتحجّر الشارع في الإحياء على ماقدّمناه؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العاديّة على البئر التي انطمّت ، وذهب ماؤها ، فجدّد حفرها ، وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجه ليكون ذلك إحياءً لها ، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون ، فليس لأحد احتجاره ، ومنعه ، لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة ، التي يَرتفق بها الناس ، وهكذا العيون النابعة ، ليس لأحدٍ أن يختصّ بها ، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها ، أو لينتفع هو بها مدّة إقامته عندها ، ثم يتركها لم يملكها ، وكان له الانتفاع بها . فإذا تركها صارت للمسلمين كلّهم ، كالمعادن الظاهرة ، وما دام مقيماً عندها فهو أحقّ بها . لأنه سابق إليها ، فهو كالمتحجّر الشارع في الإحياء .

---

(١) البئر البديّ : أصلها البديء ، فعيل بمعنى مفعول أى البئر المبدوءة أى المحفورة ابتداء ولم تكن قبل ذلك ، أما التي كانت موجودة قبل ذلك فتسمى البئر العادية نسبة إلى قوم عاد ، أى البئر القديمة ، وحريم كل من البئرين مختلف .

٤٣٠٣ (فصــل)

وإذا كان لإنسان شجرة فى موات فله حريمها قدر ما تمدّ إليه أغصانها حواليها ، وفى النخلة مدُّ جريدها ، لما روى أبو داود بإسناده ، عن أبى سعيد قال : اختُصِم إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها ، فذُرِعت ، فكانت سبعةَ أذرع ، أو خمسةَ أذرع ، فقضى بذلك ، وإن غرس شجرةً فى موات فهى له ، وحريمها ، وإن سبق إلى شجر مباح ، كالزيتون ، والخرُّوب ، فسقاه ، وأصلحه ، فهو أحقّ به ، كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، فإن طعمه ملكه بذلك ، وحريمه ، لأنه تهيّأ للانتفاع به لما يُراد منه ، فهو كسَوْق الماء إلى الأرض المَوات ، ولقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

٤٣٠٤ (فصــل)

ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخرُ قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى ، فليس له ذلك سواء ، كان محتفرُ الثانية فى ملكه مثلَ رجلين متجاورين فى دارين ، حفر أحدهما فى داره بئراً ، ثم حفر الآخرُ بئراً أعمق منها ، فسرى إليها ماء الأولى ، أو كانتا فى موات ، فسبق أحدهما ، فحفر بئراً ، ثم جاء آخرُ فحفر قريباً منها بئراً تجتذب ماء الأولى ، ووافق الشافعىّ فى هذه الصورة الثانية . لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضرّ بالمالك قبله ، وقال فى الأولى : له ذلك . لأنه تصرّف مُباح فى ملكه ، فجاز له فعله ، كتعلية داره ، وهكذا الخلاف فى كلّ ما يُحدثه الجار مما يضرّ بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغةً أو حمّاماً يضرّ بعقار جاره ، بحَمْيِ[1] ناره ، ورماده ، ودُخانه ، أو يحفر فى أصل حائطه حُشًّا[2] يتأذّى جارُه برائحته ، وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً فى وسط العطّارين ، ونحوه ، ممّا يُؤذى جيرانه ، فلا يحلّ له ذلك ، وقال الشافعى : له ذلك كله ، لأنه تصرّف مباح فى ملكه ، أشبه بناءه ونقضَه .

ولنا : قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرارَ » ولأنّه إحداث ضرر بجاره ، فلم يجز ، كالدقّ الذى يهزُّ الحيطان ، ويخرّبها ، وكإلقاء السّماد ، والتراب ، ونحوه فى أصل حائطه ، على وجه يضرّ به .

ولو كان لرجل مصنعُ[1] ماء ، فأراد جاره غرس شجرةِ تينٍ ، أو نحوها ، مما تسرى عروقُه ، فتشقُّ حائطهُ مصنعَ جاره ، ويتلفه لم يملك ذلك ، وكان لجاره منعه ، وقلعها إن غرسها ، ولو كان هذا الذى يحصل

(١) حمى : بفتح الحاء ، وسكون الميم مصدر حمت النار إذا اشتد حرها .

(٢) الحشى : بضم الحاء هو المرحاض .

(٣) مصنع الماء . مكان يجتمع فيه الماء كالحوض المعروف عندنا الآن .

منه الضرر سابقاً ، مثل مَنْ له فى ملكه مدبَغَة ، أو مَقْصَرة[١] ، فأحيا إنسان إلى جانبه مواتاً ، وبناه داراً يتضرّر بذلك لم يلزم إزالة الضرر بغير خلاف نعلمه ، لأنه لم يُحدث ضرراً . والله تعالى أعلم .

٤٣٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وسواء فى ذلك ما أحياه ، أو سبق إليه بإذن الإمام ، أو غير إذنه ﴾ .

وجملة ذلك : أن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يفتقر إلى إذنه ، لأن للإمام مَدْخلاً فى النظر فى ذلك ، بدليل أن من تحجّر مواتاً فلم يحيه فإنّه يطالبه بالإحياء ، أو الترك ، فافتقر إلى إذنه ، كمال بيت المال .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً فَهِيَ لَهُ » ولأنّ هذه عينٌ مباحة، فلا يفتقر تملّكها إلى إذن الإمام ، كأخذ الحشيش ، والحطب ، ونظرُ الإمام فى ذلك لا يدلّ على اعتبار إذنه ، ألا ترى أن من وقف فى مَشْرَعةٍ طالبه الإمام أن يأخذ حاجته ، وينصرف ، ولا يفتقر ذلك إلى إذنه ، وأمّا مال بيت المال فإنّما هو مملوك للمسلمين ، وللامام ترتيب مصارفه ، فافتقر إلى إذنه ، بخلاف مسألتنا ، فإن هذا مباح ، فمن سَبَق إليه كان أحقّ الناس به ، كالحشيش ، والحطب ، والصّيود ، والثّمار المباحة فى الجبال .

٤٣٠٦ (فصل)

فأما ماسَبق إليه فهو الموات ، إذا سبق إليه فتحجّره كان أحقّ به ، وإن سبق إلى بئرٍ عاديَّةٍ ، فشرع فيها يعمرُها كان أحقّ بها ، ومن سَبق إلى مقاعد الأسواق ، والطرقات ، أو مشارع المياه ، والمعادن الظاهرة ، والباطنة ، وكلّ مباح ، مثل الحشيش ، والحطب ، والثّمار المأخوذة من الجبال ، وما ينبذه الناس رغبةً عنه ، أو يضيع منهم مما لا تتبعُه النفس كاللُّقطة ، واللقيط ، وما يسقُط من الثلج ، وسائر المباحات ، من سبق إلى شيء من هذا فهو أحقُّ به ، ولا يحتاج إلى إذن الإمام ، ولا إذن غيره ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبِقْ إليهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » والله الموفق .

تم بحمد الله الجزء الخامس من كتاب المغنى لابن قدامة ، ويليه الجزء السادس ، وأوله (كتاب الوقوف والعطايا) وكان تمام الجزء الخامس فى السابع من شهر المحرم سنة ١٣٨٩هـ الموافق الخامس والعشرين من مارس سنة١٩٦٩م ، ونسأل الله التوفيق لإتمام ما بعده

د . طه الزينى

---

(١) مقصرة مصبغة .

فهرست الجزء الخامس من كتاب المغنى لابن قدامة

صفحة

صفحة

صفحة

تمت الفهرست